

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزى البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

العقود المدنية الصغيرة

المواد (٢٨٦ - ٥٠٤) (٥٤٩ - ٥٥٧) (٦٩٩ - ٧١٧)

المجلد السابع



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المختار
محمد عزى البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

عقد الهبة . عقد الصلح .
عقد الوكالة

المجلد السابع

المواد (٤٨٦ - ٥٠٤) (٥٤٩ - ٥٥٧)
(٧٨٧)



ابن ساسن البارودي - باب الخلق - القاهرة

٠٠٢٠٢٣٣٣٣٣٣٣ - ٠٠٢٠٢٣٣٣٣٣٣٣

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

يتضمن هذا المجلد شرح ثلاثة عقود من العقود المدنية الصغيرة وهى :

١- عقد الهبة .

٢- عقد الصلح .

٣- عقد الوكالة .

وقد حرصنا بجانب التصق فى الشرح الفقهي على إيراد كافة أحكام القضاء المتعلقة بالمسائل محل البحث لاسيما أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا حتى أحدثها .

والله أسأل أن يكون هذا الجهد نافعا مثمرا ،

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكرى

رئيس محكمة الاستئناف

العقد الأول
عقد الهبة

موضوع رقم (١)

(التنظيم التشريعى لعقد الهبة - تعريف عقد الهبة -
خصائص عقد الهبة - تمييز عقد الهبة عن غيره من
التصرفات)

١ - التنظيم التشريعى لعقد الهبة :

تناول التقنين المدني القديم الهبة فى المواد (٤٨ - ٥٣) الواردة
ضمن الباب الخامس الخاص بأسباب كسب الملكية والحقوق العينية .
وكانت هذه النصوص تقتصر على الأحكام الخاصة بشكل الهبة وعلى
جانب يسير من أحكامها الموضوعية .

وقد كان يتعين الرجوع فيما لم ينص عليه التقنين من أحكام إلى
قانون الأحوال الشخصية ، تأسيسا على أن الهبة ملحقة بالأحوال
الشخصية وإن كانت بحسب طبيعتها من الأحوال العينية لأن
المشرع لاحظ قياسها غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة
فأخرجها من اختصاص المحاكم المدنية^(١) التى تطبق القانون المدني

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

« الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات
الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية
ككون إنسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرمل أو مطلقا أو أباً أو ابنا شرعيا ،

والتي ليس من شأنها النظر فى المسائل التى تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى حكمها (١).

أما التقنين المدنى الجديد ، فقدم نظم عقد الهبة تنظيما كاملا من حيث الشكل والموضوع . وقد نظر التقنين فى ذلك إلى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود ، فينبغى أن يستوفى التقنين المدنى أحكامها جميعا

= أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية ، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن ، فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المدبوب إليه ديانة ، فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقدير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٣٣ جلسة ١٩٣٤/٦/٢١).

(١) الدكتور أكرم الخولى العقود المدنية - الصلح والهبة والوكالة الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٧٢ .

وأن يضعها فى مكانها بين العقود الأخرى ، لا كما فعل التقنين القديم ، وقد انتبذ بها مكانا لا يخطر على البال .

وقد استمد التقنين الأحكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الإسلامية وبخاصة كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لمحمد قندى باشا حيث قننت هذه الأحكام . أما الأحكام المتعلقة بالشكل فقد استبقى المشرع فيها التقنين القديم مع شئ من التعديل .

وقد جعل نصوص الهبة فى أقسام ثلاثة : أولها يتناول أركان الهبة ، والثانى يبين أحكامها ، والثالث يحدد جواز الرجوع فيها ، وللرجوع فى الهبة خاصية تميزها عن كثير من العقود (١) .

أما الأركان فهى : الرضاء ، والمحل ، والسبب ، والشكلية ، وقد عرض المشروع فى هذا الصدد للوعد بالهبة ، وللهبة فى مرض الموت ، ولهبة ملك الغير ، ولهبة المقترنة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، ولهبة المشروط فيها عدم التصرف ، وللهدايا إذا فسخت الخطبة ، وقدر (٢) أن الهبة يجب أن تكون فى ورقة رسمية (٣) ، إلا إذا كانت مستترة تحت ستار عقد آخر ، أو كانت هبة منقول تم تسليمه ، وقد صرف النظر عن تعديل التقنين القديم فى شأن ذلك ، لأن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجزء الرابع ص ٢٤١ .

(٢) ورد فى النظرة العامة لمذكرة المشروع التمهيدى ، هبة العقار ، بدلا من الهبة .

(٣) ورد فى النظرة العامة لمذكرة المشروع التمهيدى العبارة الآتية : حتى لو -

هذه القواعد قد ألفها المتعاملون من زمن طويل أو لم يجد ما يدعو إلى تغييرها .

وفى أحكام الهبة اتخذ المشروع البيع نموذجاً تسيير الهبة على غرارهِ ، فهناك التزامات فى ذمة الواهب هى . نقل ملكية الموهوب وتسليمه ، وضمان الاستحقاق ، وضمان العيب . أما الموهوب له فلا يكاد يلتزم بشئ لأن الهبة تبرع ، إلا أن الواهب قد يشترط العوض فيلتزم الموهوب له بأدائه فى حدود قيمة الموهوب .

والرجوع فى الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية . فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضى أو بالتقاضى ، وقد حدد المشرع هذه القاعدة تحديداً واضحاً ، فليس معناها أن الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقاً ، بل يشترط فى الرجوع - إذا لم يرض به الموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه ، وأورد المشرع أمثلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية ، وهناك موانع للرجوع فى الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية كما قننها قدرى باشا فى كتابه عن الأحوال الشخصية ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة

= كانت هبة مستترة ، يستطيع الغير أن يحتج بها إن كانت له مصلحة فى ذلك وفقاً لأحكام الصورية ، وفى هذه المسألة يخالف المشروع أحكام التقنين (القديم) ، أما فى المنقول فالقبض ضرورى لتمام الهبة اتباعاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولا تغنى الرسمية عن القبض خلافاً لأحكام التقنين الحالى .

صلاحه وقوة فى الإلزام على النحو الذى ينبغى أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعا - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود ^(١) .

٢ - تعريف عقد الهبة :

عرفت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٦ من التقنين المدنى الجديد عقد الهبة بأنه : « عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض » . وقد اعتور هذا التعريف قصوره عن إيضاح المميزات الرئيسية لعقد الهبة .

فمن ناحية ، أغفل وجوب نقل الملكية حال حياة الواهب ، فأغفل بذلك فرقا هاما بينها وبين الوصية .

إلا أنه لم يفت على المذكرة الإيضاحية أن تشير إلى أن الهبة « عقد يتم فى حال الحياة » ^(١) .

ومن ناحية ثانية ، أغفل التعريف قصد التبرع كعنصر أساسى للهبة ، وبالتالي فإنه يشمل الكفالة العينية ، وهى رهن مال لدين على آخر .

فالكفيل العينى « يتصرف فى مال له دون عوض » ، كما تنص المادة ١/٤٨٦ مدنى ، ولكنه ليس واهبا وإن كان متبرعا ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٤٤ وما بعدها .

(٢) لا تتحقق الهبة فى الكفالة العينية إلا فى حالة ما إذا أوفى الكفيل العينى الدين المكفول وتتنازل عن مطالبة هذا الأخير بالمبلغ المدفوع إلى الدائن . وفى هذه الحالة يكون التنازل هبة غير مباشرة ، لا الكفالة العينية ذاتها (الدكتور =

وكان نص المادة ١/٦٥٩ من المشروع التمهيدي يبرز قصد التبرع إذ يضيف على التعريف « ويكون من شأن هذا التصرف أن يشرى الموهوب له » ، ولكن هذه الإضافة حذفت في لجنة المراجعة لعدم ضرورتها « ، مع أنها في الحقيقة ضرورية ^(١) .

و من هذا يبين أن الهبة عقد يتم في حال الحياة يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض بنية التبرع تصرفاً من شأنه أن يشرى الموهوب له ^(٢) .

ولم يتضمن الثقتين المدني القديم تعريفا للهبة ، وإن كان هذا التعريف كان معمولاً به في ظله ^(٣) .

- محمود جمال الدين زكي مبادئ القانون المدني في العقود المسماة -
الصلح، الهبة ، القرض والدخل الدائم ، العارية الطبعة الأولى ص ٥٧ هامش
(٣١) .

(١) أكرم الخولي ص ٧٥ - محمود جمال الدين زكي ص ٥٦ وما بعدها .

(٢) أكرم الخولي ص ٧٥ وما بعدها :

(٣) تعريف الهبة لغة :

الهبة لغة التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال بما ينتفع به مطلقاً ، سواء أكان مالا أم كان غير مال .

(الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة - الجزء الثاني الطبعة الثانية ١٣٧١
١٩٥٢ م ص ١٦ .

وقد جاء بالمعجم الوجيز طبعة مجمع اللغة العربية الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ هـ
(١٩٨٠ م) ص ٦٨٢ .

(وَهَبَ) لَهُ الشَّيْءَ - (يَهَبُهُ) وَهَبًا ، وَهَبَةً : أَعْطَاهُ إِيَّاهُ بِلَا عِوَضٍ . فَهُوَ وَاهِبٌ
وَوُهُوبٌ وَوَهَابٌ .

وبين من هذا التعريف أن للهبة خصائص أربع نعرض لها فيما يلي.

٣ - خصائص عقد الهبة :

أولاً : الهبة عقد بين الأحياء :

الهبة عقد يتم بإيجاب وقبول متطابقين فلا تنعقد الهبة بإرادة الواهب وحده ، بل لابد من قبول الموهوب له . وفى هذا تختلف الهبة عن الوصية التى تنعقد بالإرادة المنفردة للموصى ويجوز له الرجوع عنها ، فهى لا تنتج أثرها إلا بموت الموصى .

(وشرعاً) تملك المال بلا عوض (تكلمة فتح القدير على شرح الهداية الجزء التاسع ص ١٩ .

وقد قال الله تعالى : ﴿ ووهبنا له اسحاق ويعقوب ﴾ . وقال تعالى : ﴿ يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ﴾ وقال : ﴿ ووهبنا لداود سليمان ﴾ .
جواز الهبة شرعاً :

الهبة عقد جائز شرعاً . وقد ثبت جوازها بالكتاب والسنة والإجماع .
أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها ﴾ .
والمراد بالتحية العطية . وقيل المراد بالتحية السلام . والأول أظهر ، فإن قوله : « أو ردوها » ، يتناول ردّها حينها وإنما يتحقق ذلك فى العطية .
وقال تعالى : « فإن طين لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » . وإباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة .
أما السنة فحديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها » .

ولأن الهبة من باب الإحسان واكتساب سبب التودد بين الإخوان فقد قال الرسول عليه السلام : « تهادوا تحابوا » .

ولئن كان يشترط رضا الموصى بالوصية بعد موت الموصى ، فليس قبولاً لإيجاب الموصى ، بل هو تثبيت لحق الموصى له فى الموصى به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه . ويقطع فى ذلك أن الموصى له يكسب الموصى به لا من وقت قبوله الوصية بل من وقت موت الموصى ، ولو كانت الوصية عقداً تتم بقبول الموصى له لكسب هذا ملكية الموصى به من وقت قبوله لا من وقت موت الموصى ^(١) .

وطالما أن الهبة عقد ، فهى عقد بين الأحياء ، لأن القانون المصرى - عكس القانون الرومانى - لا يعرف العقد إلا بين الأحياء . أما القانون الرومانى فيعرف الهبة لما بعد الموت أى التى يرجأ فيها انتقال الملكية لما بعد وفاة الواهب . وهى هبة يتجرد بها الواهب من ماله دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى أن تكون منيته قد دنت ، كأن يكون موشكاً على الاشتباك فى حرب أو فى مبارزة أو كأن يكون مصاباً بمرض خطر ، ولا ينتقل ملك الموهوب له إلا إذا مات الواهب قبله . فإذا نجا الواهب من الموت انفسخت الهبة من تلقاء نفسها ^(٢) .

ويرى البعض أنه يمكن تخريج الهبة لما بعد الموت طبقاً للقواعد العامة على أنها هبة مضافة إلى أجل غير محدد . ومن ثم تختلط بالوصية ^(٣) .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الخامس المجلد الثانى سنة ١٩٦٢ ص ٦ .

(٢) السنهورى ص ٦ .

(٣) الدكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشرعية الإسلامية والقوانين العربية الطبعة الثانية ص ١١ .

١٣. جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني أنه :

« ويلاحظ أنه الهبة عقد يتم في حال الحياة . أما الهبة لما بعد الموت، وتختلف عن الوصية في أنه لا يجوز الرجوع فيها إلا حيث يجوز الرجوع في الهبة ، فباطلة ويكون الموهوب لورثة الواهب (م) ٥٠٤
فقرة ثانية من قانون الأحوال الشخصية » (١) .

وينتقد البعض ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية من بطلان الهبة لما بعد الموت ، تأسيسا على أن المذكرة الإيضاحية تستند في تقرير هذا الحكم إلى المادة ٥٠٤ فقرة ثانية من قانون الأحوال الشخصية وهي تقر بطلان الرقبي (١) شرعا . وأنه لا محل لهذا الاستناد لأن بطلان الرقبي شرعا ليس إلا تطبيقا لمبدأ شرعي عام لا نظير له في التقنين المدني وهو عدم جواز إضافة التمليكات إلى المستقبل . ولا شك في أن أحكام الهبة في التقنين الجديد قد نقلت أساسا عن الشريعة الإسلامية . ولكن إغفال النص على بطلان هذه الهبات يدل على رغبة المشرع عن هذا الحكم الخاص .

ولذلك يجب اعتبار الهبة لما بعد الموت وصية يجوز الرجوع فيها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء الرابع ص ٢٤٤ .

(٢) الرقبي التي تنص هذه المادة على بطلانها صورتها أن يقول : دارى لك رقبى
إن مت قبلك فهى لك وإن مت قبلى فهى لى . وسميت هذه الهبة بالرقبى
لأن كلا الطرفين يترقب موت الآخر فيخلص له الموهوب .

مطلقا ولا تنفذ إلا في ثلث التركة . أما القول ببطلانها بحيث يكون الموهوب لورثة الواهب فليس له ما يبرره (١) .

ثانيا : تصرف الواهب في مال له :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٤٨٦ من التقنين المدني عرفت الهبة بقولها : « الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض » فالهبة وإن كانت من عقود التبرع إلا أنه يميزها أن الواهب يتصرف في مال له . ذلك أن عقود التبرع تشمل طائفتين من العقود : عقود محل الالتزام فيها عمل أو امتناع عن عمل دون مقابل ، مثل العارية والوديعة والوكالة والكفالة ، فهذه العقود تبرعات طالما أنها تتم بلا أجر وعقود محل الالتزام فيها إعطاء شيء دون مقابل وهذه هي الهبة .

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« يعرف المشروع الهبة تعريفا يميزها عن غيرها من أعمال التبرعات ،

(١) أكرم الخولى ص ٧٧ - ويتفق معه في النتيجة الدكتور السنهاوى ص ٧٠ وما بعدها إذ يذهب إلى أنه : « فلا يجوز في القانون المصرى أن يعقد الواهب هبة بآنة ويرجى في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته ، ولا يستطيع أن يعقل ذلك إلا عن طريق الوصية وبإرادته المنفردة التي يجوز له الرجوع فيها ، والمعطوم أن الوصية لا تجوز بغير إجازة الورثة إلا في ثلث التركة ، أما الهبة فتجوز في كل المال - وعكس الرأى السابق محمد كامل مرسى ص ١٩ - جمال زكى ص ٥٨ فيريان أن الهبة لما بعد الموت باطلة ، ويكون الموهوب لورثة الواهب .

فهي تشترك مع سائر التبرعات (كعارية الاستعمال والوديعة دون مقابل) في أنها تجعل الموهوب له يثري دون عوض ، وفي أنها تقتزن بنية التبرع ، ولكنها تنفرد بخاصية هي أنها من أعمال التصرف ، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل ، ويترتب علي ذلك أن الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، كما في عارية الاستعمال والوديعة ، لا يكون هبة وإن كان تبرعا ، ولا يكون الامتناع عن الإثراء ، من باب أولي ، هبة ، فإذا رفض الموصي له الوصية ، أو رفض المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير الحق المشروط لمصلحته ، فلا يعتبر ذلك هبة منهما ، كذلك لا يكون الإبراء من الدين والاشتراط لمصلحة الغير إلا هبة غير مباشرة ، لأنها لا تشتمل علي التزام بنقل الملكية » (١) .

فالأصل أن الواهب يلتزم بنقل حق عيني إلي الموهوب له . ويتحقق هذا بالتصرف مباشرة في المال فينتقل الواهب للموهوب له ملكية عقار أو منقول .

ويستوي أن يكون الحق الموهوب حق ملكية في العقار أو المنقول ، أو أن يكون حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكني أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية .

وقد يكون ذلك بأن يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصي هو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٤٤ .

إعطاء شيء ، كأن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود : وهذا تصرف غير مباشر في المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب^(١) .

ثالثا : التصرف في المال دون عوض :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٤٨٦ مدني عرفت الهبة بأنها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض .

فيجب أن يكون التصرف في المال الموهوب دون مقابل . ويعني هذا من ناحية ألا يكون في ذمة المتصرف التزام سابق نحو المتصرف إليه يعتبر تصرفه وفاء له ، ومن ناحية أخرى ألا يدخل في ذمة الأول عوضا عما خرج منها إلي الثاني . وبعبارة أكثر إيجازا ينحصر العنصر المادي في افتقار المتصرف واغتناء المتصرف إليه بسببه^(٢) .

وهذا العنصر يطلق عليه العنصر المادي أو الموضوعي في الهبة تمييزا له عن العنصر المعنوي وهو نية التبرع كما يلي . وليس ثمة مانع من أن تكون الهبة دون عوض أن تكون من الهبات المتبادلة . فقد يهب شخص آخر شيئا ، ثم يهب الموهوب له شيئا للواهب ، فتكون الهبتان متبادلتين . وتكون كل منهما دون عوض ، لأن كلامنا الهبتين ليست عوضا عن الهبة الأخرى ، بل كل وأهب قد وهب بنية التبرع غير ناظر

(١) السنهوري ص ١٠ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ٦٧ وما بعدها .

إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته . وينطبق ذلك أيضا على الهبات المتبادلة في مناسبات معينة ، كالأفراح وحفلات القران وأعياد الميلاد ، فالصديق يقدم هدية لصديقه في إحدي هذه المناسبات قاصدا التبهرع ، ولا ينفي هذه النية عنده أنه يتوقع أن صديقه سيقدم له هدية في مناسبة مقبلة (١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الصنف الجزئية بأن :

« ما يقدمه الناس بعضهم لبعض في الأفراح باسم «النقوط» إن هو إلا هبة تتم بالقبض ، ولاحق للواهب في طلب استرداد هبته . وللموهوب له حق ردها بمثلها أو أقل أو أكثر منها ، في ظروف كالظروف الذي أخذها فيها ، وهذا يكون بالتراضي لا بحكم القاضي» (٢) .

ولكننا سنري أنه لا ينال من الهبة أن يشترط الواهب عوضا لهبته ، والعوض هو التزام ينشئه عقد الهبة في ذمة الموهوب له لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة . ويكون العوض عادة أقل من الهبة . ويكون المقدار المتبرع به هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشترط . كما أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨٦ تنص علي أنه يجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبهرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين .

(١) السنهوري ص ١٢ .

(٢) ٢٩ يناير ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧ / ٢٠ ص ٦٠ ومشار إليه في السنهوري

ص ١٢ هامش (٢) .

رابعاً : نية التبرع :

نية التبرع - كما أسلفنا - هي العنصر المعنوي في الهبة . فيجب أن تتوافر في الواهب عند الهبة نية التبرع . ويمكن تعريفه بوجه عام بأنه إرادة المتصرف في أن يتجرد عن الحق محل العقد دون الحصول علي عوضٍ يساويه . فالواهب لا يبغي تحقيق غرضٍ نفعي ، ولا يرمي من وراء الهبة إلي تحقيق مصلحة شخصية له ، بل يقوم بتضحية لا يريد منها إلا إغناء الموهوب له .

وتتعدم نية التبرع بطبيعة الحال إذا قصد المتصرف إلي تحقيق منفعة لا يتسنى له الحصول عليها دون العقد فمناط وجوب هذا العنصر أو انعدامه هو ما أضمره المتصرف في نيته وقت العقد وما توخاه من إبرامه .

وإذا تمخضت نية الواهب عن التبرع كان التصرف هبة لو جني بسببه ربحاً لم يدخل في حسابه . ويكون معاوضة إذا كان له من ورائه مآرباً ولو تخلف ظنه في تحقيقه ، فمعيار التقدير شخصي أو ذاتي وليس نوعياً أو مجرداً ، يجب للكشف عنه البحث في نية المتصرف وتحسس ما كان يدور في خلده وقت التعاقد لا الأخذ بمعيار مادي أو مجرد . وتقدير ما إذا كانت هذه المنفعة أو تلك المصلحة

مساوية لما أعطي للحصول عليها ، أو ما إذا كان في العقد الوسيلة المؤدية إلي تحقيقها^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« نية التبرع مسألة نفسية وتعرفها من شئون محكمة الموضوع . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر نية التبرع لدي المورث وقت التصرف من إرادته الهبة أي التصرف بدون عوض وأثبت الحكم أن الثمن المسمي في العقد صوري لم يقصد المورث المتصرف قبض شيء منه فإن الحكم يكون بذلك قد دلل علي أن المورث لم يقصد من التصرف تحقيق أية منفعة له وإنما مجرد تضحية من جانبه لأجل الموهوب له وهو ما يكفي للتدليل علي توافر نية التبرع ولا علي الحكم إن هو استخلص هذه النية أيضا من وراء المتصرف بالهبة لأن نية التبرع تختلط في الواقع بركن الرضاء في الهبة فالواهب عند ما يرضي بالهبة وهي نية التبرع تختلط في الواقع بركن الرضاء في الهبة فالواهب عندما يرضي بالهبة وهي تعني التصرف في ماله دون عوض فإن رضاءه هذا يكون متضمنا نية التبرع » .

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٧)

ومن الحالات التي تتقدم فيها نية التبرع ما يأتي :

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٦١ وما بعدها .

ومن الحالات التي تتقدم فيها نية التبرع ما يأتي :

(أ) الوفاء بالالتزام الطبيعي :

الالتزام المدني يقوم علي عنصرين : الأول هو عنصر الواجب أو المديونية . والثاني هو عنصر المسئولية أو الجزاء . أما الالتزام الطبيعي فهو التزام يقوم علي عنصر واحد هو عنصر الواجب أو المديونية ، فالالتزام الطبيعي لذلك التزام ناقص . فلتن كان من الواجب علي المدين في التزام طبيعي أن يوفي بالتزامه ، إلا أنه إذا تخلف عن الوفاء به فلا يجبر علي ذلك ، وعلي ذلك نصت المادة ١٩٩ مدني بقولها : « (١) ينفذ الالتزام جبرا علي المدين (٢) . ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه » .

والالتزام الطبيعي بهذا الوصف يقترب كثيرا من الواجب الأخلاقي الذي لا يحميه القانون بأي جزاء مدني . وهو في الواقع يقف في مرتبة وسطي بين الالتزام المدني والواجب الأخلاقي .

والالتزام الطبيعي يرجع في أصله إلي الواجب الأخلاقي من ناحية وإلي الالتزام المدني من ناحية أخرى ، فهو إما واجب أخلاقي ارتفع في نظر القانون إلي درجة يبرر الاعتداد به ، دون أن يصل مع ذلك إلي مرتبة الالتزام المدني : أو هو بحسب أصله التزام مدني انخفضت قيمته في نظر القانون . فأصبح لا يترتب علي الإخلال به أي جزاء ، ولكنه لم يصل في انخفاضه إلي درجة الواجب الأخلاقي الذي لا يعتد به القانون إطلاقا (١) .

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغوا أحكام الالتزام والإثبات ص ٣٩٧ وما بعدها .

نصوص المادة ٢٠٠ مدني علي أن : « يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي وفي كل حال لا يجوز أن يقوم الالتزام الطبيعي يخالف النظام العام » .

وبين من هذا النص أنه يشير إلي حالات نص المشرع فيها علي وجود التزام طبيعي . ومن هذا القبيل نص المادة ٣٨٦ فقرة أولي في باب التقادم وهو يقضي بأن يترتب علي التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي . وكذلك نص المادة ٤٨٩ في باب الهبة وهو يقضي بأنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . وتدل الأعمال التحضيرية علي أن المقصود بهذا النص اعتبار الهبة الباطلة شكلا منشئة التزاما طبيعيا في ذمة الواهب وورثته من بعده^(١) .

وفيما عدا الحالات التي يوجد فيها نص خاص علي وجود التزام طبيعي يكون للقاضي سلطة تقدير وجود الالتزام الطبيعي في كل حالة علي حدة . والقاضي يسترشد في هذا الشأن بفكرة العدل ، أساس القانون ، والمصدر البعيد لكل أحكامه . لا يعتمد في بحثه علي فكرته الشخصية عن العدل ، ولكنه يراعي أصلا الشعور السائد في الجماعة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٥١ وما بعدها .

والقيم التي ينبض بها ضمير هذه الجماعة ، ولذلك فإن إقرار القاضي بوجود التزام طبيعي ، لا يعتبر عملا منشأ لهذا الالتزام بل هو كاشف له فقط (١) .

ويؤخذ من استقراء الحالات التي قررت فيها المحاكم وجود التزام طبيعي ، ضرورة توافر شروط ثلاثة في كل منها ، هي :

١- وجود واجب أدبي بلغ من التحديد من حيث محله ومن حيث تعيين طريقه ما يجعله يشبه الالتزام القانوني من حيث صلاحيته للتنفيذ ، سواء أكان هذا الواجب متخلفا من التزام مدني لحقه البطلان أو الانقضاء دون وفاء ، أم كان واجبا أدبيا بلغ من التحديد والقوة ما يرفعه إلي مرتبة الالتزام الطبيعي فإذا كان واجب الإحسان إلي القريب مثلا يعتبر واجبا أدبيا عاما وغير محدد من حيث محله ومن حيث أطرافه ، وبالتالي غير كاف لتقرير وجود التزام طبيعي في ذمة الشخص ، فإنه إذا تحدد وتخصص بالنسبة إلي شخص معين ، فإنه يصح اعتباره التزاما طبيعيا .

٢- اعتقاد المدين عند وفائه بهذا الواجب الأدبي أو عند تعهده بالوفاء به أن هذا الواجب قد بلغ من القوة الحد الذي يجعله التزاما طبيعيا لا واجبا أدبيا فحسب ويستوي في ذلك أن يكون هذا الاعتقاد

(١) سمير عبد السيد تناغروا ص ٣٩٨ .

مبنيا علي إحساس المدين نفسه بقوة هذا الواجب أو أن يكون مبنيا علي شعور المجتمع بوجه عام بهذه القوة .

والعبرة باعتقاد المدين هذا وقت وفائه بالواجب الأدبي أو وقت تعهده بوفائه ، وأنه لا عبرة بوجود هذا الاعتقاد أو عدمه طالما لم يحصل وفاء أو تعهد بالوفاء ، لأن أمر وجود الالتزام الطبيعي أو عدمه لا يشور إلا بعد حصول الوفاء أو التعهد ومناسبة رغبة المدين أو ورثته في استرداد ما وفي أو في عدم تنفيذ ما تعهد به .

٣ - عدم مخالفة قيام الالتزام الطبيعي للنظام العام . وقد نصت المادة ٢٠٠ في عجزها صراحة علي هذا الشرط . ومؤداه أنه مهما اشتد إحساس الفرد أو الجماعة بأن واجبا أدبيا معيننا قد قوي حتي بلغ حد الالتزام الطبيعي ، فإن هذا الإحساس لا يكفي لترتيب التزام طبيعي سادام قيام هذا الالتزام يخالف النظام العام . ومثل ذلك جميع الالتزامات التي تبطل لعدم مشروعية سببها . وقد طبق المشرع ذلك في المادة ٢٢٧ مدني الخاصة بتعيين حد أقصى للفوائد الاتفاقية حيث نص فيها علي أنه إذا اتفق الطرفان علي فوائد تزيد علي هذا السعر وجب تخفيضها إلي ٧٪ ويتعين رد ما دفع زائدا علي هذا القدر ، أي أنه جعل الاسترداد واجبا في كل حال سواء كان المدين قد دفع الزيادة مجبرا أو مختارا ، وسواء كان في هذه الحالة الأخيرة قاصدا وفاء دين طبيعي أو غير قاصد ذلك.

كما طبق المشرع ذلك في المادة ٧٣٩ مدني التي نصت علي بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، وعلي أن لمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . أي أن المشرع لم يعتبر دين القمار دينا طبيعيا يمتنع استرداده بعد الوفاء به ، وذلك لما رآه فيه من مخالفة للنظام العام ^(١) .

وطبقا للمادة ٢٠١ مدني لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا .

وعملا بالمادة ٢٠٢ من ذات القانون ، فإن الالتزام الطبيعي يصلح سببا للالتزام مدني .

وبالترتيب علي ذلك ، إذا كان الشخص يوفي التزاما طبيعيا ، فإن نية التبرع تنعدم عنده ، فهو لا يتبرع وإنما يوفي دينا وإن كان لا يجبر علي الوفاء ، فيكون تصرفه هنا وفاء لا يجوز له الرجوع فيه .

ومثال ذلك : تجهيز الأب ابنته أو إعطاء الأب ابنة المهر ليعينه علي الزواج ، أو إعطاؤه مبلغا من المال ينشئ به مستجرا أو نحو ذلك ^(٢) .

(١) الدكتور سليمان مرقص أحكام الالتزام ١٩٥٧ ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) محيي الدين إسماعيل علم الدين ص ١٣ .

(ب) - هبة المكافأة أو المجازاة :

هبة المكافأة أو المجازاة ، هي الهبة التي يقدم عليها الواهب رغبة في مكافأة شخص أسدي إليه خدمات معينة . كأن يمنح الشخص خادما له مبلغا من المال مكافأة له علي إخلاصه في العمل .

وهذه الهبة تنتفي فيها نية التبرع ، لأن مقدها يفني بالتزام طبيعي، ذلك أن هبة المكافأة أو هبة المجازاة تكون معاوضة إذا كانت وقاءا لالتزام طبيعي.

ويشترط لاعتبارها وقاءا بالتزام طبيعي ما يأتي :

١- أن تكون الخدمات مقدرة القيمة أي يمكن تقديرها بالنقود وأساس ذلك أن الالتزام الطبيعي لا يمكن أن يقوم دون أن يكون محله معيناً أو قابلاً للتعين^(١) .

ويري البعض أنه يجب عدم التشدد في هذا الشرط إذ يؤدي إلي القول بأن إنقاذ حياة الغير أو شرفه لا يتخلف عنه التزام طبيعي علي من أسديت إليه الخدمة بمكافأة من أداها^(٢) .

بل يضيف البعض - بحق - أنه لا وجه لاستلزام هذا الشرط من الناحية الفنية القانونية لأن صعوبة تقوم الخدمة بالمال لاتعني انعدام

(١) محمد كامل مرسى ص ٨٨ - محمود جمال الدين زكي ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) السنهوري ص ١٦ وما بعدها هامش (٣) .

الالتزام الطبيعي بمكافأتها وذلك كالضرر الأدبي يعوض عنه ماليا وإن صعب قياسه بالوحدات النقدية ، ولا يقول أحد اليوم برفض التعويض عنه بحجة استحالة تقويمه (١) .

٢- ألا يكون في تأدية الخدمات وفاء بالتزام مسدني . ذلك أنه لا يتخلف بداهة أي التزام طبيعي عن خدمة كان القائم بها ملزما قانونا بأدائها .

٣- ألا تكون الخدمة قد أدت تبرعا ، فإذا كان إسداء الخدمة علي سبيل التبرع كانت مكافأتها هبة كالشخص يكافئ صديقه المحامي الذي تبرع بالدفاع عنه أو كالإبن يكافئ والديه اللذين استضافاه وعائلته فترة من الزمن . وأساس هذا الشرط أن إسداء الخدمة تبرعا لا ينشئ التزاما طبيعيا بالمكافأة عنها (٢) .

فإذا توافرت الشروط الثلاثة ، فإن الهبة تكون في حقيقتها معاوضة فلا تطبق عليها أحكام الهبة أو قواعد التبرعات .

ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

١- ترتيب إيراد الخدم تفانوا في إخلاصهم لسيدهم .

٢- هبة لوكيل تطوع بتحصيل ديون الواهب .

(١) أكلّم الخولى من ٨٨ .

(٢) أكلّم الخولى من ٨٦ .

٣- إبراهيم ، دائن لمدينه في جزء من الدين لاستضافته له سنوات عديدة .

٤- مكافأة فتاة قامت بالخدمة في منزل أسرته ، ولدين كانا عاملين زراعيين عند والدهما ^(١) .

٥- الإيراد المرتب مدي الحياة الذي يقرره غني لأرملة الطبيب الذي عالج به عناية وإخلاص ^(٢) .

٦- الرسالة التي يصرح السيد بمقتضاها لعامله بأن يأخذ لحسابه مبلغا من النقود علي سبيل الهدية ^(٣) .

وقد أخذت بذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني إذ جاء بها في عداد الأمثلة الواردة للالتزامات الطبيعية « الالتزام بإجازة شخص علي خدمة أداها » ^(٤) .

وإذا لم تكن الهبة مجرد تبرع ، بل كانت ذات صفة مختلطة وكانت بمقابل في نفس الوقت ، كالتبرع الذي قلميه علي الواهب رغبته في الوفاء بالتزام طبيعي وأدبي نحو الموهوب له ، فإن العقد لا يكون هبة ^(٥) .

(١) راجع في هذه الأمثلة : محمود جمال الدين زكي ص ٧٠ وما بعدها .

(٢) استئناف وطني ١٧ فبراير ١٩٠٧ ، الحقوق السنة ٢٢ ص ٢٦٥ .

(٣) الاسكندرية الجزئية المخلطة ٢٩ ديسمبر ١٩٢٣ مشار إليه بمؤلف محمود جمال الدين زكي ص ٧١ هامش (٦) .

(٤) راجع محمود جمال الدين زكي ص ٧٢ .

(٥) محمد كامل مرسى ص ٨٩ - واستئناف مختلط ٤ أبريل ١٩١٦ الذي أشار إليه في هامش (٤) .

ك - تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات :

(أ) - الهبة وعارية الاستعمال والوصية :

تشبه الهبة عارية الاستعمال والوصية من حيث أنها تملك بلا عوض ، غير أنها تختلف عنهما من حيث أن العارية تملك المنفعة بلا عوض ، وهي تملك العين والمنفعة لا المنفعة فقط .

والوصية تملك مضاف إلي ما بعد الموت وهي تملك للحال (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان المسلم به من الخصوم أن السند موضوع الدعوي الصادر من والد إلي ولده إنما يستر تبرعا ، ولم يكن الحلاف إلا علي وصف التبرع فيه هل هو منجز فيكون هبة نافذة أم مضاف إلي ما بعد الموت فيكون وصية لو ارت موقوف نفاذا علي إجازة بقية الورثة ، ثم قالت المحكمة بأنه وصية لإضافة القبض فيه إلي أجل في حين أن المقرر كان له وقت الإقرار مبلغ من المال في أحد المصارف يسمح له بتنجز التبرع منه وأن المتبرع له كان معوزا ، ثم لاشتراط عدم جواز حوالة السند وسكوت المتبرع له عن المطالبة به حتي توفي والده . فهذا التكييف غير صحيح ، لأن هذا التصرف إنما هو عقد هبة في صورة إقرار بدين مستكمل لجميع الشروط فهو صحيح وناقد » .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣)

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨ .

وأنهية وإن كانت تصرفا منجزا ولا يجوز فيها إرجاء نقل ملكية المال الموهوب إلي ما بعد موت الواهب إلا أن ذلك لا يمنع الواهب من أن ينقل ملكية المال في الحال ويرجئ التسليم إلي ما بعد الموت ، ويظل منتفعا بالمال الموهوب طوال حياته .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كان احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدي حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ، ولا يتعارض مع تنجيز التصرف ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد في قضائه برفض ما تمسك به الطاعنون من أن عقد الهبة الصادر من مورثتهم إلي المطعون عليه الأول ، وهو غير وارث يخفي وصية علي ما استظهره من أقوال شهود المطعون عليه المذكور - الذين سمعتهم محكمة الاستئناف - ولم تكن محل نعي من الطاعنين - من أن عقد الهبة قد تم تنجيزه بأن استلم الموهوب له حال حياة الواهبة المنازل موضوع العقد ، واستغلها لحساب نفسه ، فإن النعي علي الحكم بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير الأدلة ، مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض » .

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦)

٢- « العبرة في تكييف العقود يكون بحقيقة ما عناه العاقدان منها دون التقيد بتكييف العاقدين لها ، ولئن كانت الهبة كعقد يجوز أن تستر وصية إلا أن احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدي

حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ولا يتعارض مع تنجيز التصرف، ولما كان من المقرر في المادة ٤٨٦ من القانون المدني أن «الهيئة عقد يتصرف به الواهب في مال دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين» ومن ثم تكون الهيئة عقدًا لا بد فيه من إيجاب وقبول متطابقين ولا تنعقد بإرادة الواهب المنفردة كما في الوصية وهي تصرف منجز ولا يجوز فيها إرجاء نقل ملكية المال الموهوب إلي ما بعد موته إلا أن ذلك لا يمنع الواهب من أن ينقل ملكية المال في الحال ويرجئ التسليم إلي ما بعد الموت، وليس ثمة ما يمنع الواهب مآدام لم يتجرد من نية التبرع أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين سواء كان هذا الالتزام لمصلحة الواهب له أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة الغير دون أن يمنع ذلك كله من كون العقد هيئة بمقدار الفرق بين العين الموهوبة والعوض .»

(طعنان رقما ١٤٥٩، ١٤٦٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١/٤)

(ب) الهدية والصدقة :

الهدية والصدقة بمعنى الهدية ، فكلها تقليد في الحياة بغير عوض . واسم العطية يشملها جميعها . ويمكن تعريف الهدية والصدقة بما يأتي : الهدية هي المال الذي يعطي لواحد أو يرسل إليه إكراما له ^(١) . وهي كالهدية في أحكامها .

(١) المجلة المادة ٨٣٤ .

(٢) المجلة المادة ٨٣٥ .

والصدقة هي المال الذي يوهب لأجل الثواب ، أي لوجه الله ^(٢) ، وهي كالهبة في كل أحكامها . إلا في الرجوع فيها ، فلا رجوع في الصدقة إذا تمت ، لأن المقصود بها نيل الثواب وقد حصل ^(١) .

٢- الهبة والإباحة :

ويطلق علي الإباحة أيضا التحليل . وهي بمعنى الهبة . وهي إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه . وعرفت في المادة ٨٣٦ من المجلة بأنها إعطاء الرخصة والإذن لأحد بأن يأكل أو يتناول شيئا بلا عوض .

وقد جاء بالفتاوي الهندية : رجل قال لآخر أنت في حل مما أكلت من مالي ، فله أن يأكل .

ومن أمثلة الإباحة الدراهم ونحوها التي تنثر علي الناس في الأفراح ، فهي ملك لمن التقطها ، ولو كان ما التقطه مقدارا كبيرا منها ^(٢) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٠ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٠ وما بعدها .

(شروط انعقاد الهبة)

٥ - تعداد :

الهبة عقد ، وبصفتها هذه يجب أن تتوافر فيها كل شروط العقود .
فيجب أن تتوافر فيها شروط الانعقاد (أركان العقد) وشروط الصحة.

وشروط الانعقاد لازمة لكي يوجد العقد صحيحا . فالعقد الذي لا تتوافر فيه هذه الشروط عقد لا قيمة له .

ويترتب علي عدم توافر شروط الانعقاد بطلان العقد بطلانا مطلقا .

وشروط الانعقاد العامة هي :

١- الرضاء .

٢- المحل .

٣- السبب .

٤- شرط شكلي وهو الرسمية . فقد استلزم القانون أن يوضع رضاء الطرفين علي الهبة في شكل خاص هو كقاعدة عامة محرر رسمي يقوم بإجرائه موظف مختص ، وذلك باستثناء الهبة غير المباشرة . ويترتب علي انتفاء الرسمية بطلان العقد .

موضوع رقم (٢)

(الرضاء)

٦ - سرمان القواعد العامة :

تسري القواعد العامة المقررة في نظرية العقد ، فيجب حصول الرضاء من المتعاقدين ، فيصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يقبله المتعاقد الآخر. ويجب أن يكون رضاء أحد الطرفين مطابقا لرضاء الطرف الآخر تمام المطابقة ، ويقال لذلك توافق الإيجاب والقبول.

٧ - الإيجاب والقبول :

تتعقد الهبة بإيجاب من الواهب ، وقبول من الموهوب له ، لأنها عقد، فلا بد لها من اقتران إرادتين ^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - المقر في قضاء هذه المحكمة - أن الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد ولا يعتدب التعاقد تاما وملزما إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه .
(ب) - ، المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها لذاتها أى أثر قانونى .

(ملحان رقما ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

ويتحقق وجود الهبة شرعا - علي الراجح في مذهب أبي حنيفة - بإيجاب الواهب ولا يعتبر القبول ركنا فيها ، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموهوب له . ذلك أنها اسم لإيجاب ملك من جانب واحد ، وهو الواهب المالك ، وذلك الصنيع يتم به وحده (١) .

ولم يأخذ المشرع عندنا بهذا الرأي ، فاشتراط قبول الموهوب له لانتفاء الهبة . وعلي هذا نصت المادة ٤٨٧ من التقنين المدني بقولها : « ١- لاتتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه » .

٢- فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصية ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب » .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه « لا بد من قبول الموهوب له للهبة ولو بالسكوت ، ولكن القبول علي أية صورة كانت ضروري ، لأن الهبة عقد لا بد فيه من اقتران إرادتين ، ويقبل الهبة الموهوب له أو نائبه..... إلخ » (٢) .

(١) فقد جاء بتكملة فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام الجزء التاسع ص ١٩ ، وتصح بالإيجاب والقبول والقبض ، أما الإيجاب فلأنه عقد والعقد يعقد بالإيجاب والقبول القبض لا بد منه لثبوت الملك . وقال مالك : يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا .

وجاء ببداية الصنائع للكاساني في الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ص ١١٥ ، أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٤٦ .

ولا يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا بالفاظ مخصوصة فيصح الإيجاب بأي لفظ يفيد الهبة ، كأن يقول الواهب . وهبت هذا الشيء لك ، أو ملكته منك ، أو جعلته لك ، أو هو لك ، أو أعطيته ، أو نحلته ، أو أهديته إليك . والنحلة هي العطية والهبة بمعنى العطية .

ويصح القبول بأي لفظ كذلك ، مثل قبلت ، أو أخذت ، أورضيت^(١) .

غير أنه لا يشترط أن يكون الإيجاب صريحا ، وإنما يجوز أن يكون ضمنيا كزوج يقدم هدية لزوجته في عيد ميلادها ، أو صديق يقدم هدية لصديقه لمناسبة زفافه . وفي هذه الحالة يجب أن يقطع المظهر الذي اتخذته بقصد الموجب لأن نية الهبة لا تفترض^(٢) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا قضى الحكم برفض دعوي المدعي بنصيبه الميراثي في مبلغ مودع أحد البنوك بانيا ذلك علي أن المورث قد وهبه ولده في حال حياته فخرج من تركته ، في حين أنه كان من دفاع المدعي أنه ليس ثمة أي دليل علي صدور هبة من المورث ، وكان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا في البنك لولده أودع فيه باسمه المبلغ

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٣٢ وما بعدها .

المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه، هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه ما يدل علي صدور إيجاب بالهبة من المورث ، لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أنه يفيد أنها مجردة إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح ، وبهذا لا يكون الحكم قد عني بتحصيل الركن الأول الأساسي من أركان عقد الهبة وهو الإيجاب ، فيكون باطلاً » .

(طعن رقم ١٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨) (١)

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

« لمحكمة الموضوع السلطة في تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته . فإذا كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع وهي بصدد الفصل في الخصومة التي قامت بين الطاعنة والمطعون عليهم حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب لمورث الطاعنين الأولين والطاعن الثالث بصفتيها الشخصية أو اعتبارهما نائبيين عن أهالي بلدة معينة لبدء مدرسة بها قد رجعت ، بجانب ما تضمنه العقدان الابتدائي والنهائي من عبارات ، إلى ظروف التعاقد وملابساته واستخلصت من ذلك أن فكرة إنشاء المدرسة قد نبئت لدى الأهالي وأن تشييدها كان تنفيذا لهذه الفكرة وأن الهبة قد صدرت من الواهب تنفيذا لهذا الغرض ، وكان هذا الذي استخلصته محكمة الموضوع سابقا لا يجافي المطلق ولا يناقض الثابت بالأوراق فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ تطبيق القانون .. »

(طعن رقم ٤٧٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

ويعتبر مجرد سكوت الموهوب له بعد علمه بالإيجاب إذا تمخضت
الهيئة لمنفعته قبولا . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدني
علي أن : « ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل
سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمخض
الإيجاب لمنفعة من وجه إليه » ^(١) .

وقد رأينا سلفا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ذهبت إلى
أنه : « لا بد من قبول الموهوب له للهيئة ولو بالسكوت ، ولكن القبول ،
علي أية صورة كانت ضروري ، لأن الهيئة عقبة لا بد فيه من اقتتران
إرادتين أما إذا كانت الهيئة بعوض ، أو فرض فيها الواهب علي الموهوب
له التزاما ، فإن السكوت في هذه الحالة لا يعد قبولا إلا إذا كانت
الظروف تدل علي أن الواهب لم يكن لينتظر تصريحه بالقبول ولم
يرفض الموهوب له الهيئة في وقت مناسب إذ تقضي الفقرة الأولى من
المادة ٩٨ من التقنين المدني بأنه : « إذا كانت طبيعة المعاملة أو
العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل علي أن الموجب لم يكن
ينتظر تصريحه بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب
في وقت مناسب » .

٨ - توافق الإيجاب والقبول :

يجب توافق الإيجاب والقبول . فإذا قرر المعطي أن يعطي علي سبيل

(١) السهوري ص ٣٠ .

الهيئة ، وقرر الطرف الآخر أنه يقبل علي سبيل آخر كالإعارة ، فلا تتعقد الهيئة أو الإعارة . ولا تنطبق نظرية تحول العقد علي أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين كانت تتجه إلي الإعارة لوتبين بطلان الهيئة أو العكس ، لأن تحول العقد يرد علي عقد واحد تم توافق الإرادتين عليه ثم تبين بطلانه . ولكن الحال هنا أنه لم تتوافق الإرادتان علي أي منهما ثم إن نية الهيئة لا تفترض (١) .

٩ - رجوع الواهب عن الإيجاب قبل وصول القبول إلي علمه :

إذا كان الإيجاب ملزماً ، بأن حدد الواهب ميعاداً صريحاً للقبول ، أو كان هذا الميعاد ضمناً يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، فإن الواهب يلتزم بإيجابه طوال هذه المدة ولا يجوز له الرجوع فيه ، وإذا رجع فيه فإن رجوعه لا يترتب عليه أثر ، بل يظل الإيجاب قائماً بحيث إذا صادفه قبول قبل حلول الميعاد انعقدت الهيئة . فهذا هو مقتضى التزام الموجب بالبقاء علي إيجابه في هذه الحالة .

وهذا الحكم مستمد من القواعد العامة والتي نصت عليها المادة ٩٣ من التقنين المدني بقولها :

« ١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء علي إيجابه إلي أن ينقضي هذا الميعاد .

(١) محيي الدين علم الدين ص ١٧ .

٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة» .

أما إذا كان الإيجاب غير ملزم - علي النحو السالف - وهذا فرض لا يتيسر تصوّره إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد ، إذ تدل الظروف حينئذ علي أن الإيجاب غير مقترن بميعاد . فإن الإيجاب يكون قائما ولكنه لا يكون ملزما ، فيجوز لصاحبه أن يعدل عنه مادام لم يصادفه قبول ، وبشرط أن يصل الرجوع عن الهبة إلي علم الموهوب له قبل وصول قبول الموهوب له إلي علم الواهب ، لأن القبول وقت أن يصل إلي علم الواهب لم يصادف إيجابا قائما ، فلم يقترن القبول بالإيجاب ويمكن اعتبار هذا القبول المتأخر إيجابا جديدا (١) .

١٠ - موت الواهب أو فقده لأهليته قبل وصول الإيجاب إلي الموهوب له :

تقضي المادة ٩٢ من التقنين المدني الواردة في القواعد العامة بأنه : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

(١) الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ - ص ١٠٢ وما بعدها - السهري ص ٣١ وما بعدها .

وهذا النص يسري علي عقد الهبة . فإذا مات من صدر التعبير منه أي الواهب أو زالت أهليته قبل أن يصل إيجابه إلي علم الموهوب له وقبوله الهبة ، فإن ذلك لا يؤثر في التعبير الذي سبق أن صدر منه . فهذا التعبير يقي موجودا ، وللموهوب له قبول الهبة . إلا أن هذا القبول يصبح عديم الأثر لأن القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلي علم من وجه إليه وهو الموجب ، لأنه قد مات أو فقد أهليته (١) .

وكان التقنين المدني القديم يسقط الإيجاب إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل اقتران القبول به . إذ نصت المادة ٧٢/٥ علي أن : « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقده أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« متي كانت اللاتحة التأسيسية للاتحاد الأرمني العام قد جعلت قبول الهبات من اختصاص المجلس الرئيسي للاتحاد وكان الاستفادة ومن نصوصها أنها فصلت بين قبول الهبات وبين قبضها واعتبرت الأمر الأخير مجرد واقعة مادية لا تغني عن صدور التصرف القانوني وهو القبول فإنه يصبح واجبا بيان ما إذا كان المجلس الرئيسي قد قبل الهبة التي قبضها المجلس المحلي وذلك قبل وفاة الواهب حتي يتحقق بذلك ما تقتضيه المادتان ٤٨ ، ٥٠ مدني قديم » .

(طعن رقم ٢٤٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة للمنفردة ١٩٨٤ ص ١١٢ وما بعدها .

١١ - موت الموهوب له أو فقد أهلية قبل القبول :

إذا مات الموهوب له بعد قبول الهبة وقبل اتصال قبوله بعلم الواهب فإن الهبة لا تنعقد لأن طبيعة الهبة تجعل شخصية الموهوب له في المقام الأول من الاعتبار . وهذا ما يتفق وما تنص عليه المادة ٩٢ مدني الخاصة بأثر موت من صدر منه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره إذ تستثني من حكمها حالة ما إذا كانت طبيعة التعامل تقضي بعكسه .

ولا يختلف الحكم إذا كانت وفاة من وجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته صادرة بعد وصول الإيجاب إليه وقبل القبول من جانبه حتي يفترض اعتبار سكوته قبولا وذلك لنفس السبب المتقدم (١) .

وكان المشرع التمهيدي للتقنين المدني ينص في المادة ١٢٦ منه (والتي أصبحت برقم ٩٢) علي أنه : « لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته إلخ » - فكان المشروع التمهيدي يبيح لورثة من وجه إليه التعبير أو لנائبه - أي لورثة الموهوب له أو لנائبه - أن يصدر منهم القبول بدلا من الموهوب له بعد موت هذا أو فقد أهليته ، ولكن المشروع التمهيدي عدل في لجنة المراجعة ، وحذفت عبارة « أو من وجه

(١) أكتسم الخولى ص ١٠٣ - محمود جمال الدين زكى ص ١٣١ هامش (١)
وما بعدها .

إليه هذا التعبير «^(١) فأصبح لايجوز لورثة الموهوب له أو لنائبه أن يقبلوا الهبة بعد موت الموهوب له أو فقدته لأهليته .

أما التقنين المدني القديم فكان ينص علي حكم مخالف إذ نص في المادة ٧٣/٥١ علي أن : « يسوغ أن يحصل قبضول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه .

١٢ - الوكالة في الهبة :

يجوز حصول الهبة بواسطة وكيل ينوب عن الواهب في عقد الهبة . وعندئذ يسري نص المادة ٧٠٠ من التقنين المدني التي تجري علي أن : « يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقتضي بغير ذلك » - ولما كان عقد الهبة عقدا شكليا يجب أن يتم بورقة رسمية - علما ما استثنى كما سنري - وجب أن تكون الوكالة التي تصدر من الواهب في ورقة رسمية إذ بمقتضى هذا التوكيل يقرر الواهب رضا به بالهبة ، وإلا كانت الهبة باطلة .

كما يسري نص المادة ٧٠٢ التي تقضي بأن :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢ ص ٢٨ وما بعدها .

« (١) لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل علي وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات .

(٢) والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة منها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توافع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر والمعروف الجاري » .

وعلي ذلك يلزم للوكالة في الهبة وكالة خاصة ، ويجب أن يبين فيها المال الموهوب فتخصص الوكالة بهذا المال دون غيره .

ولا ينوب دائنو الموهوب له عنه في قبول الهبة لأنها تقسم علي اعتبارات أدبية يستقل هو عنهم بتقديرها من وجهة نظره . فإذا رفض الهبة لم يجز لهم الطعن بالدعوي البوليصة لأنه لم يؤد إلي افتقار في شيء من ذمته بل هو مجرد امتناع عن الإثراء (١) .

أما قبول الهبة فتجوز فيه الوكالة العرفية لأن قبول الهبة المنفصل لا تشترط فيه الرسمية .

(١) السنهوري ص ٣٦ - محيي الدين علم الدين ص ١٨ .

ولا يجوز للأجنبي - وهو من لا ينوب نيابة قانونية أو اتفاقية، عن
الموهور له قبول الهبة إلا بطريق الفضالة إذا تحققت شروطها .

وإذا تعدد الموهور لهم وحضر بعضهم مجلس العقد وغاب البعض ،
فيسطيع أحد الحاضرين أن يتعهد عن الموهور له الغائب بأن يقبل
الهبة ويكون هذا تعهدا عن الغير فتسري قواعده . ومقتضي ذلك عدم
إلزام الموهور له بالقبول ، وإنما يتمخض ذلك إلزاما لنفسه بأن يحصل
علي قبول الموهور له بالهبة ^(١) .

(١) السنهوري ص ٣٥ وما بعدها .

موضوع رقم (٣)

(الشرط الثاني)

(المحل في عقد الهبة)

١٣ - تطبيق القواعد العامة :

موضوع الهبة حق مالي يجوز أن يكون عينيا ^(١) ، كما يجوز أن يكون شخصا ، ومحل عقد الهبة هو الشيء الموهوب .

وإذا كانت الهبة بعوض فإن العقد يكون ملزما للجانبين ، ويكون محل التزام الموهوب له هو هذا العوض .

ويسري علي الشيء الموهوب باعتباره محل عقد الهبة ، ما وضعه القانون من شروط استلزم توافرها في محل الالتزام ، أي يسري عليها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

« أعمال القواعد العامة للعقود المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من التقنين المدني يقضى بأن تصح هبة جميع أنواع الأموال والحقوق العينية التي عليها كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق ، فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من رفض الدفع ببطلان عقد الهبة المؤرخ ١٩٦٢/٧/٩ لوروده على حق الرقبة دون المنفعة يكون صحيحا ولا يقدح في ذلك احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع مادام التصرف بالهبة قد تم منجزا » .

(طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)

حكم القواعد العامة في محل الالتزام ، من حيث كونه (مادة ١٣٢ مدني) ومعينا بذاته أو بنوعه (مادة ١٣٣ مدني) ، ومشروعاً لا يخالف النظام العام أو الآداب (مادة ١٣٥ مدني).

علي أن المشرع وإن أجاز في الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، استثنى من ذلك عقد الهبة ونص في المادة ٤٩٢ مدني علي أن : « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة » .

وهذا ما يدعونا إلي دراسة هبة الأموال المستقبلية . واشتراط كون محل الالتزام ممكناً ، ينبني عليه أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب . وكانت المادة ٦٦٥ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص في الفقرة الأولى منها علي أنه : « يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب وأن يكون أهلاً للتبرع إلا أن المادة حذفت بـلجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة ^(١) .

وهذا يدفعنا إلي دراسة المسائل الآتية :

- ١- هبة ملك الغير .
- ٢- هبة المال الشائع .
- ٣- هبة المريض مرض الموت .

١٤ - هبة الأموال المستقبلية :

الأصل أنه يجوز التعامل في الأموال المستقبلية وعلي هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني علي أن : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الرابع ص ٢٥٧ .

والمال المستقبل هو ذلك الذي لا يكون موجودا وقت التعاقد ، كأن يبيع صاحب مصنع البضائع التي سوف ينتجها مصنعها خلال عام مقبل ، أو أن يبيع مالك الأرض ما عساه أن تنتجه من محصول في الموسم القادم ، أو أن يؤجر شخص أو يبيع شقة في داره التي يزمع إنشائها ، أو أن يعطي مؤلف لناشر حق نشر كتابه الذي يزمع تأليفه . غير أن القانون خرج من هذه القاعدة في بعض الحالات حرم فيها التعامل في الأموال المستقبلية من بينها الهبة ، إذ نصت المادة ٤٩٢ مدني علي أن تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة ^(١) .

وقد استمد المشرع تحريم الهبة المستقبلية من الشريعة الإسلامية . ورغم أن الشريعة الإسلامية تحرم التعامل في الأموال المستقبلية جميعا ، إلا أن المشرع قصر الاستثناء من هذه القاعدة علي بعض الحالات من بينها الهبة لاعتبارات خاصة ^(٢) .

(١) ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٢/١٣١ مدني من تحريم التعامل في التركات المستقبلية .

وما نصت عليه المادة ٢/١٠٣٣ من تحريم رهن المال المستقبل رهنا رسميا .
وما نصت عليه المادة ١٠٩٨ من تحريم التعامل في الرهن الحيازي المستقبل .
(٢) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني أنه : أما المحل فيجب أن يستوفي الشروط العامة ، وقد نص المشروع (م ٦٦٨) على بطلان هبة الأموال المستقبلية بطلانا مطلقا تطبيقا لأحكام للشريعة الإسلامية .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٦٠)

ويرجع استثناء الهبة إلي ما ينطوي عليه المال المستقبل من خطر، فإن الواهب يندفع إلي هبة مال مسبقاً أكثر مما يندفع إلي هبة مال حاضر، فأراد المشرع أن يحجبه من هذا الاندفاع بإبطال هبته^(١).

ويجب عدم الخلط بين هبة الشيء المستقبل غير الموجود وقت التعاقد وهي باطلة بطلاناً مطلقاً، وهبة شيء موجود وقت التعاقد ولكنه يملك للغير وهي - كما سنري - باطلة نسبياً لمصلحة الموهوب له كهبته ترد علي ملك الغير وإن كان موضوعها يعتبر شيئاً مستقبلاً بالنسبة للواهب، وبعبارة أخرى تنصب صفة الاستقبال علي الوجود المادي للشيء لا علي وجوده القانوني في ذمة الواهب.

ولذلك فقد كانت المادة ٦٦٨ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص علي أن: « تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة، إلا إذا وزدت علي شيء معين بالذات، فيسري عليها نص المادة ٦٣٢ وما يليها »، فحذفت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب العبارة الأخيرة وهي « إلا إذا وزدت علي شيء معين بالذات فيسري عليها نص المادة السابقة »، وجاء بتقريرها تعليلاً لهذا الحذف « لأن المال المستقبل هو مال غير موجود وقت الهبة وسيوجد بعدها. أما المال الموجود وقت الهبة

(١) المنشور من ١١٧ - نقض ١٩٩٣/١٢/٢٩ (سجل في هذا البند)، ويطلبها البعض بأن حاجة التعامل في العصر الحديث، التي أملت إغفال القاعدة الشرعية، لم تدع إلى إطلاق الأخذ بالمبدأ الجديد، فالهبة عقد لا يمس نظام المبادلة، وبالتالي لا ينطبق بكيان النظام الاقتصادي (محمود جمال الدين زكي من ١٣٤).

مملوكا لغير الواهب ، فالهبة فيه هي هبة ملك الغير ، لا هبة المال المستقبل ، وعلي أساس هذا التمييز ما بين هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير ، لم يعد هناك محل للاستثناء الوارد في هذه المادة ، لأن الهبة التي ترد علي شئ معين بالذات غير مملوك للواهب لا يمكن أن تكون هبة مال مستقبل ، بل تتمخض هبة ملك الغير وحكمها وارد في المادة ٥١٨ فلا معنى لإيرادها ثانية في المادة ٥١٩ علي صورة استثناء ، ولأن ملك الغير لا يدخل في المال المستقبل حتي يصح استثناءه منه « (١) » .

وعلي ذلك فإن هبة الأموال المستقبلية تقع باطلة بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، ولا ترد عليها الإجازة . ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (٢) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذ أجازت المادة ١٣١ من القانون المدني أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا إلا أن المشرع لاعتبارات خاصة قد حرم ضروريا من التعامل في الشئ المستقبل الذي لم يتحقق وجوده تضمنها نص المادة ٤٩٢ من القانون المدني ورتب علي ذلك بطلانها بما نص عليه فيها من أنه تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة وجعل هذا البطلان متعلقا بالنظام العام لاتلحقه الإجازة والمرجع في ذلك هو ما تنطوي عليه هبة هذا النوع من الأموال من خطر إذ يندفع الواهب إلي هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلي هبة مال تحقق وجوده مما حدا بالمشرع إلي حمايته من هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) السدهوري ص ١١٧ .

الانتدفاع بإبطال هبته وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون سالف الذكر باعتبار ذلك تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تستلزم لصحة الهبة أن يكون الشيء الموهوب موجوداً وقت العقد ومن ثم تعتبر هبة المعدوم غير صحيحة ومثل المعدوم ما هو في حكمه ومنها الأموال المستقبلية فتقع الهبة الواردة عليها باطلة بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن العقد الذي يحكم واقعة الدعوي المؤرخ ١٣/١٠/١٩٨٦ تبرع الطاعن بمقتضاه للمطعون ضده بصفته بحقه في الانتفاع بشقة في العقار الذي سيتم تشييده مستقبلاً علي الأرض المملوكة له أي أن إرادته انصرفت لهبة حق انتفاع وارد علي مال مستقبل ولم يتحقق وجوده بعد بما يعيبه بالبطلان الذي لا تلحقه الإجازة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وكيف هذا العقد علي أنه هبة غير مباشرة لمال تحقق وجوده وقضي بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضي من صحته ونفاذه والتسليم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ٤٢٥٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٩)

ولما كانت المادة ١٤٣ مدني تقضي بأن : « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله » ، فإنه يجب إعمال النص إذا كان محل الهبة مالا حاضراً ومالا مستقبلاً في وقت واحد لشخص واحد وكانت الهبة قابلة للتجزئة ، إذ تصح الهبة في المال الحاضر وتبطل في المال المستقبل^(١).

(١) السهوري ص ١١٨ .

وهبة الأموال المستقبلية الباطلة يمكن أن تتحول طبقا للمادة ١٤٤ مدني^(١) إلى وعد بالهبة يجوز الرجوع فيه ، كما يجوز الرجوع في الهبة إذا توافرت شروط صحة الوعد بالهبة وأهمها الرسمية^(٢) .

١٥ - الهبة المضافة إلى أجل والهبة تحت شرط:

يصح أن تكون الهبة مضافة إلى أجل ، كأن يهب شخص آخر سيارة ويحدد موته (موت الواهب) أجلا لذلك . فيكون التزام الواهب بالهبة قد انعقد وأصبح مترتباً في ذمته ، وليس الموت إلا أجلا غير محقق يوفي عنده الالتزام ، فالالتزام ذاته محقق والأجل هو غير المحقق كما يصح أن ترد الهبة علي مال مملوك للواهب تحت شرط فاسخ ،

وعندئذ يتملك الموهوب له الشيء الموهوب معلقا علي الشرط ، فإذا تحقق الشرط زالت ملكية الواهب ، ومن ثم تزول ملكية الموهوب له تبعاً لزوال ملكية الواهب . أما إذا تخلف الشرط فقد أصبحت ملكية الواهب باثة ، وأصبحت باثة كذلك ملكية الموهوب له . وإذا وهب شخص مالا مملوكا له تحت شرط واقف ، فإنه يكون قد وهب حقه المعلق علي هذا الشرط وهو مال حاضر ، فتكون الهبة جائزة - وملك الموهوب له الشيء معلقا علي الشرط الواقف ، فإذا تحقق الشرط نفذت ملكيته ، وإذا تخلف بطلت الملكية^(٣) .

(١) تنص هذه المادة علي ان :

« إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

(٢) السهوري ص ١١٨ الهامش - أكتفم الخولي ص ١٠٧ .

(٣) السهوري ص ١١٦ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«الالتزام في عقد الهبة - شأنه شأن سائر العقود - قد يكون معلقا علي شرط فاسخ ، فإذا تحقق الشرط ترتب علي ذلك زوال الالتزام وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلي عذر مقبول وإنما يكفي تحقق الشرط ، كما لا يجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة بينهما ، بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب . ولما كانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود قد استظهرت - للأسباب السائفة السابق بيانها أن الدولة وهبت جمعية الاقتصاد لموظفي البريد التي يمثلها الطاعن المبلغ موضوع النزاع هبة معلقة علي شرط فاسخ هو عدم استحقاق مستخدمي المصلحة الخارجين علي الهيئة والمؤقتين لمكافآت من قبل الدولة ، وإن هذا الشرط قد تحقق بصدر القانون رقم ٥٤٥ لسنة ١٩٥٣ الذي حمل الدولة بالمكافآت المستحقة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

- ١- (أ) - « المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ائترن به قبول مطابق انعقد العقد ولا يعتبر التعاقد تاما وملزما إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه . »
 - (ب) - « المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها لذاتها أي أثر قانوني . »
- (طعن رقم ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣)

لهم : ورتب الحكم علي ذلك قضاء « برد المبلغ الموهوب فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون » .

(طعن رقم ٢٥١ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٦)

هبة ملك الغير :

١٦ - النصوص القانونية :

مادة (٤٩١) مدني :

« إذا وردت الهبة علي شيء معين بالذات غير مملوك للواهب ، سرت عليه أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ » .

مادة (٤٦٦) مدني :

« (١) إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

(٢) وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد » .

مادة (٤٦٧) مدني :

« (١) إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري .

(٢) وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد » .

١٧ - أولاً : حكم هبة ملك الغير بين المتعاقدين :

تنص المادة ٤٩١ مدني علي أنه إذا وردت الهبة علي شيء معين بالذات غير مملوك للواهب ، سرت عليه أحكام المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ . وهاتان المادتان تتضمنان أحكام بيع ملك الغير .

ومقتضي المادة ٤٦٦ أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري . سواء وقع البيع علي عقار أو منقول ، وسواء سجل عقد بيع العقار أو لم يسجل .

وبالبناء علي ذلك يجوز للموهوب له وحده طلب إبطال عقد الهبة ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي ولكن لايجوز ذلك للواهب طالما أن الهبة ليست باطلة بطلاناً مطلقاً .

وقد قضت محكمة النقض - بصدد بيع ملك الغير- بأن :

١- (أ) - « لما كان عقد البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلي المشتري وكان بيع ملك الغير لا يؤدي لذلك لأن فاقد الشيء لايعطيه فقد أجاز المشرع في المادة ١/٤٦٦ من القانون المدني للمشتري دون غيره طلب إبطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتي يتعرض له المالك الحقيقي فعلاً برفع دعوي الضمان علي البائع إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقي البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلي المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما قنته المادة ٤٦٧ من القانون المدني بفقرتها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية إلي المشتري بهذا البيع، مما ينبنى عليه كذلك أنه إذا أصبح

انتقال الملكية إلى البائع ممكنا فإن إبطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذا لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال .

(ب) - « إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوي رقم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضي فيها بالحق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بحضور الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قرة السند التنفيذي فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكنا وذلك حسبه في إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المطعون ضدهما وبالتالي لم تعد لهما مصلحة في التمسك بإبطال عقد البائع الصادر إليهما من الطاعن لمنافاة ذلك لما يوجب حسن النية في المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق ».

(طعن رقم ٢٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨)

وتكون للموهوب له مصلحة في إبطال الهبة إذا كانت الهبة يعوض أو مقترنه بالتزامات فرضت عليه .

وقد اختلف في حق الموهوب له في المطالبة بالتعويض في حالة إبطال الهبة :

فذهب رأي إلى أنه يجوز للموهوب له أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب إبطال الهبة إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء أن الشيء الموهوب مملوك للغير أو كانت الهبة يعوض ، وفي الحالة الأولى يستحق

الموهوب له تعويضاً عادلاً ، وفي الحالة الثانية يرجع بما أداه من عوض ، وكل ذلك قياساً على ضمان الواهب للاستحقاق . وأنه لا تطبق أحكام بيع ملك الغير في هذه المسألة ، وهي مذكورة في المادة ٤٦٨ مدني ، لأن المادة ٤٩١ مدني لم تحل عليها (١) .

وذهب رأي ثانٍ إلى أنه لا يجوز للموهوب له ، إذا حكم بإبطال الهبة ، أن يطالب بتعويض ، ولو كان يجهل أن الموهوب غير مملوك للواهب ، إلا إذا كان هذا الأخير سيئ النية ، أو ارتكب خطأ جسيماً ، بينما يجوز ذلك للمشتري ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ مدني) (٢) .

وذهب رأي ثالث إلى أنه لا محل للاحتجاج في هذا المجال بالمادة ٤٩٦ مدني لأن هذا النص يبين حدود مسؤولية الواهب التعاقدية في تنفيذ الالتزامات التي تنشئها الهبة على عاتقه متى انعقدت صحيحة ولا شأن له بمسؤولية الواهب عن الأضرار الناشئة من بطلان الهبة وهي مسؤولية تقصيرية تتولد عن خطئه عند التعاقد خطأ أدى إلى بطلان العقد والفارق واضح بين هذه المسؤولية قبل التعاقدية والمسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالتزام متولد من العقد التام الصحيح . ولذلك تخضع مسؤولية الواهب عن بطلان هبة مالا يملك للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .

ويساند البعض هذا الرأي من عدم انطباق نص المادة ٤٩٦ مدني ،

(١) السهوري ص ١٢١ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ١٤٣ .

بأن هذا النص وارد في باب آثار الهبة وما أوجب به علي استفسار لجنة مجلس النواب عن كيفية تحقق مسئولية الواهب طبقا لهذا النص من أن ذلك يقع فعلا في حالة هلاك الشيء الموهوب قبل تسليمه إلي الموهوب له بفعل الواهب العمد أو بخطئه الجسيم^(١) .

ونري الأخذ بالرأي الأول .

غير أنه - كالشأن في بيع ملك الغير - يجوز للمالك أن يقر البيع فيسري العقد في حقه وينقلب صحيحا في حق الواهب (م ١/٤٦٧ مدني) فلا تنتقل ملكية الموهوب إلي الموهوب له ، إلا برضاء المالك الحقيقي لأنه أجنبي عن العقد .

وكذلك ينقلب عقد الهبة صحيحا في حق الموهوب له إذا آلت ملكية الموهوب إلي الواهب بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧ مدني) .

١٨ - ثانيا : حكم هبة ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ مدني - التي تسري علي عقد الهبة - علي أن : « وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد » . وعلي ذلك لا تسري الهبة علي المالك الحقيقي ، لأنه أجنبي عن العقد ، فلا يضار به ، ولا تنتقل الملكية منه إلي المشتري .

وإذا كان الموهوب له يملك إجازة العقد الصادر من غير مالك

(١) أكلّم الخولى ص ١٠٦ وهامش (٢) .

فيصبح العقد صحيحا منتجا لآثاره بين المتعاقدين ، إلا أن هذه الإجازة لايمكن أن تنال أو تؤثر في حق المالك الحقيقي للعين المباعة ، ويبقى العقد غير نافذ في حق المالك ولا تنتقل الملكية إلى الموهوب له^(١) .

وإذا كان الموهوب قد سلم إلى الموهوب له ، كان للمالك الحقيقي الرجوع عليه بدعوى الاستحقاق .

أما إذا أقر المالك العقد الصادر من الواهب إلى الموهوب له ، كان إقراره إياه قبولا منه بالارتباط شخصيا بالتزامات الواهب . وتنقلب الهيئة صحيحة من وقت صدورهما ، ووجب تسجيل الإقرار . كما ينقلب العقد صحيحا في حق الموهوب له إذا آلت ملكية المال الموهوب إلى الواهب بعد صدور عقد الهيئة .

وقد نصت علي ذلك صراحة المادة ٤٦٧ الواردة في بيع ملك الغير بنصها :

« (١) إذ أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري . »

(٢) وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . »

وقد قضت محكمة النقض - بصدد بيع ملك الغير - بأن :

١- « لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لاينتقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه ، إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يسري في حق المالك الحقيقي ولهذا

(١) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع ١٩٨٠ ص ٥٠٨ وما بعدها .

المالك أن يقر البيع في أي وقت فيسري عندئذ في حقه وينقلب صحيحا في حق المشتري . كما ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد . فإذا كان الطاعنون - ورثة المشتري في عقد بيع ملك الغير - قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلي هذا العقد المسجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقي أن يعترض علي هذا البيع ويطلب عدم سريانه في حقه . ومن ثم فلا يكفي لعدم إجابة الطاعنين إلي طلبهم أن يثبت المدعي عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضا أنهم هم أوالبائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة .»

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٨)

٢- « مؤدي نص المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ من القانون المدني في شأن بيع ملك الغير أن البيع لايسري في حق مالك العين ولايترتب عليه نقل الملكية للمشتري ولو وقع علي عقار ، سجل العقد أو لو لم يسجل ، ولو أجاز المشتري العقد إلا إذا أقر المالك البيع أو آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد . »

(طعن رقم ٨٠٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٧)

(راجع نقض ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨ - المنشور
بالنبد السابق).

١٩ - هبة الحصّة الشائعة :

لم يعرض التقنين المدني لهبة المشاع ، ومن ثم فإنه يكون قد تركها لحكم القواعد العامة . وتنص المادة ٨٢٦ مدني - الواردة في أحكام الشيوخ - علي أن : « كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها ، وأن يستولي علي ثمارها ، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » .

وعلي ذلك فإن مالك الحصّة الشائعة يملك كل ذرة من ذرات المال الشائع ، ويجوز له التصرف فيها بكافة التصرفات ، ويدخل في هذه التصرفات الهبة . فيجوز إذن للمالك علي الشيوخ أن يهب حصته الشائعة أو جزءا منها إلي الموهوب له ، وتنتقل ملكية الموهوب شائعة إلي الموهوب له ، ويحل الأخير محل الواهب في ملكيته الشائعة .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

« ولم يعرض المشروع لهبة المال الشائع مكتفيا باستخلاص حكمه من القواعد العامة ، وقد تتعارض هذه المسألة مع أحكام الشريعة الإسلامية (أنظر مرشد الحيران م ٨١ وقانون الأحوال الشخصية م ٥٠٥ - ٥٠٧) (١) » .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « للشريك علي الشيوخ طبقا للمادة ٨٢٦ من القانون المدني أن يتصرف في حصته وأن يستولي علي ثمارها وأن يستعملها ، إلا أنه لما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٠ وما بعدها .

كان ذلك مشروط بألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلي أن مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزاً لإدارة أعماله وأمواله ، وأنها ظلت في حيازته حتي وفاته ، وأن حيازتها انتقلت بوفاته إلي جميع الورثة ، وأن أموال الشركة إذ وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الإبقاء علي عين النزاع مقراً لإدارتها ، ورتب علي ذلك أن في اتخاذ الطاعن منها مقراً لأعماله إضراراً بحقوق باقي الورثة فإنه يكون صحيحاً فيما قضى به من طرد الطاعن من عين النزاع .

(طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

٢- « مفاد نص المادة ١/٨٢٦ من القانون المدني أن للشريك المالك علي الشيوخ حق التصرف في حصته شائعة وتنفذ هذا التصرف في حق شركائه إذ يترتب عليه أن يحل المتصرف له محل الشريك المتصرف في ملكية الحصة الشائعة ويصبح هذا الشريك في المال الشائع بدلاً من الشريك المتصرف . »

(طعن رقم ٣٤٦٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/٢١)

٢٠ - هبة جزء مفرز من المال الشائع :

إذا وهب المالك لحصة شائعة في المال الشائع جزءاً مفرزاً من هذا المال يعادل حصته ، كأن يكون مالكا لحصة من المال الشائع بقدر الربع فيهب حصة مفرزة إلي الموهوب له ، في هذه الحالة يخضع هذا التصرف لحكم الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني التي تجري علي أن : « وإذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند

القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للشريك علي الشيوخ أن يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من القانون المدني علي أنه : « إذا كان التصرف متصبا علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة » ومتي تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطاعن ، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائعا وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك ، ومن ثم فإن النعي علي الحكم المطعون فيه - بأن البائع لا يملك الحصة المباعة - مفرزة يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

٢- « نص المشرع في المادة ٨٢٦ من القانون المدني علي أن : « كل شريك في الشبوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولي علي ثمارها وإذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة » ثم نص في المادة ٩٣٦ من هذا القانون علي أنه : « يثبت الحق في الشفعة للشريك علي الشبوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلي أجنبي » ، يدل علي أن للمالك علي الشبوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة علي نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشبوع ، ومتي كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشبوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبغي علي هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع ، وفقا لصريح عبارة النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدني » .

(طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١)

٣- « يدل نص المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦ من القانون المدني - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - علي أن للمالك علي الشبوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا ، وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة علي نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشبوع ، ومتي كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبي وكان الإفراز الذي تحدد به محل

البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء ، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع ، وبالتالي يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع .
(طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤)

٤- « مؤدي نص المادة ٨٢٦ من القانون المدني يدل على أنه يشترط لإعمال الحلول العيني وفقا لهذا النص أن تجري قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدي إلى إقراز نصيب معين للشريك البائع يوازي حصته في الشيوع بحيث يستأثر وحده بكل سلطات الملكية الخاصة على هذا الجزء وأن لا يقع المبيع في الجزء المفرز الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لإعمال الحلول العيني إن كان أساس التصرف بالبيع حصة مفزة من المال الشائع ، فإن أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل منهم بقدر مفرز من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فيه فإنه يتمتع في هذه الحالة بإعمال الحلول العيني طالما أن نصيب البائع بقي شائعا لم يتم إقرازه ... إلخ » .
(طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٢)

وإذا كان الموهوب له عالما بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذي وهبه وإنما يملك حصة علي الشيوع ، فإن ذلك يعد قبولا منه لهبة الجزء المفرز أو ما يحل محل له مما يقع في نصيب الواهب عند القسمة .

أما إذا كان الموهوب له غير عالما بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز الذي وهبه ، ويعتقد أنه مجرد مالك علي الشيوع فإنه يكون قد وقع في غلط جوهري ، وتكون الهبة قابلة للإبطال .

شير أنه لا تكون ثمة مصلحة للموهوب له في إبطال العقد إلا إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بشروط أو التزامات^(١) .

وبيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر يعتبر تصرفا معادلا للقسمة فيكون له أثر كاشف ، إذ تضاف الحصة المبعة إلي حصة الشريك المشتري . ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلا . ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبعة من وقت بدء الشبوع ، لا من وقت البيع . أما إذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعامضات لا من التسبوعات ، ومن ثم تكون الهبة نافذة لا كاشفة^(١) .

هبة المريض مرض الموت :

٢١ - تعريف مرض الموت :

يرجع في تحديد مرض الموت إلي الفقه الإسلامي مفسرا بقضاء المحاكم ، وقد نصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للفقه الحنفي - علي أن : « مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت علي ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن ،

(١) السنهوري ج ٥ ص ١٢٦ .

(٢) السنهوري الجزء الثامن الطبعة الثانية (طبعة نادى القضاة) ١٩٩١ ص ١٠٤٧ الجزء الخامس ص ١٢٦ وما بعدها .

وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو علي حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، يعد حاله اعتبارا من وقت التغيير إلي الوفاة مرض موت .

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت . أولها : أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه . وثانيها : أن يغلب فيه الموت . وثالثها : أن ينتهي بالموت فعلا . إذ من شأن هذه العلامات مجتمعة - وهي أمور موضوعية - أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف علي الموت (١) .

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة فيما يأتي :

١- المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه :

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلي السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث . وليس واجبا ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لا يلزمه ويبقي مع ذلك عاجزا عن قضاء مصالحه .

وعلي العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت ، فقد يصل الإنسان في سن عالية في شيخوخة تجعله غير قادر علي مباشرة الأعمال

(١) السنهوري ج ٤ ص ٣١٣ وما بعدها .

المأثرنة، ويكون في حاجة إلي من يعاونه عليها ، وليس به مرض ، وإنما هي الشيخوخة أوهنته ، والشيخوخة مرحلة من مراحل العمر ، ومن ثم لا يكون مريضاً مرض الموت . أو يكون عاجزاً عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض^(١) وإذا برئ المريض من مرضه اعتبر تصرفه كتصرف الأصحاء ونفذ العقد من جميع أمواله .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « مادامت المحكمة قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوي ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض المورث أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي وأن هذا المرض قد اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلي الشهادة المقدمة من الصادر له العقد فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها » .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

٢- « لاتتريب علي المحكمة إذا هي اتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولي علاج المورث لمدة تزيد علي ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضاً بنزلة شعبية مزمنة ودرن رئوي وأنه كان طريح الفراش أحياناً وأحياناً أخرى كان ينتقل إلي جهة أخرى للعلاج وأن سبب وفاته علي ما يذكر هو الدرن الرئوي وهبوط في القلب ،

(١) أحمد نجيب الهاللي - شرح القانون المدني (في عقود البيع والحوالة والمقايضة) الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٩ م (ص ٢٠٢ - السنهوري ج ٤ ص ٣١٤ وما بعدها .

وكذلك من شهادة كشف الأشعة ، دليلا مضافا إلي الأدلة والقرائن الأخرى التي ساققتها علي مرض المورث بالسل من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه . مما أدى بها إلي اعتباره مرض موت وتقريرها بناء علي ذلك ببطلان العقدین المطعون فيهما لتحريرهما خلال فترة اشتداده ، وهي بما لها من سلطة التقدير في هذا الشأن لا حاجة بها إلي اتخاذ أي إجراء آخر في هذا الصدد » .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٣- « إن أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيا وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدین المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت - ذلك ليس من شأنه أن ينفي ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان في فترة اشتداد مرضه عاجزا عن أعمال العادية حتي إنه أناب عنه غيره في مباشرتها لأن قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متي كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته » .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٤- « متي كانت المحكمة وهي في صدد عقد طعن فيه بأنه صدر في مرض موت البائعة ، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهى فعلا بوفاتها . فإن في هذا الذي قرره ما يكفي في اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرف ويكون في غير محله النعي عليه بمخالفة القانون في هذا الخصوص » .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٨)

٥- « لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش علي وجه الاستمرار بل يكفي أن يلزمه وقت اشتداد العلة به . كما لا يشترط فيه أن يؤثر علي سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف . ومن ثم فإن ذهاب المورث إلي المحكمة وإقراره بصحة توقيعه علي العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متي كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهي فعلا بموته » .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٦)

٦- « المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب علي الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتي الموت ، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة . فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت ، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به » .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٤٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٦/١/٧)

٢- أن يغلب في المرض خوف الموت :

يشترط أن يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا والذبحه الصدرية.... إلخ أو يكون مرضا بسيطا ثم تطور حتي أصبحت حالة المريض سيئة يخشي عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلي هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه ، كأن يصاب الإنسان بربمذ فيعجزه عن الرؤية .

ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلي رأي الأطباء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت علي ما جري به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهي بوفاته فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة » .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٤/٢١)

٢- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته » .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

٣- « المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب علي الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتي الموت وإن لم يكن المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة ، فضايط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به » .

(طعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

٣- أن ينتهي المرض بالموت :

يشترط أن ينتهي المرض بالموت أي يتصل الموت بالمرض ،
فيموت المريض قبل أن يشفي من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير
ذلك المرض.

ولا يشترط أن يكون المرض قد أثر علي نفسية المريض أو إدراكه (١) .

وإذا كان المرض من الأمراض المزمنة وطالت مدته ، كالشلل والسيل ،
ثم مات المريض ، فإن المرض لا يعد مرض موت إذ طالت المدة دون أن
يشهد المرض لمدة لاتزيد علي سنة . فإذا اشتد المرض لمدة تزيد علي سنة
ثم مات المريض فإنه لا يعتبر قد مات في مرض الموت ولو كان هذا المرض
قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش . وحكمة ذلك أن في
استطالة المرض علي حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق
المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه
الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من
الأمر الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا سبيل
للجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « المرض الذي يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا
اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة الطارئة ، وحكمة
ذلك أن في استطالة المرض علي حاله ما يدفع عن المريض اليأس من

(١) سليمان مرقص عقد البيع ١٩٨٠ ص ٥٥٤ .

الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض .

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١١/٢٣/١٩٥٠)

٢- « إذا كان الذي أورده الحكم في صدد مرض الموت يفيد أن المرض إذا استطال سنة فأكثر لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وأعقبته الوفاة فلا مخالفة في هذا للقانون واستخلاص اشتداد وطأة المرض هو استخلاص موضوعي ، فممتي أقام الحكم قضاءً في نفي اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه علي أسباب سائغة فلا يقبل الجدل في ذلك أمام محكمة النقض .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٠/٢٥/١٩٥١)

٣- « الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت هي الحكمة التي من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لا يعتبر مرض الموت إذا طال أمده عن سنة إلا إذا اشتد ، إلا أنه لا يسوغ التحدي بحكمة مشروعية هذه القاعدة في كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها .

وإذن فإذا كان الحكم إذ قضي برفض دعوي الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع الصادر إلي المطعون عليها من مورثهما وعدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه في مرض موته قد أقام قضاءً علي ما استخلصه من أن المورث وإن كان قد أصيب بشلل نصفي في أكتوبر سنة ١٩٤٢ إلا أن مرضه استطال حتي توفي في أبريل سنة ١٩٤٤ بسبب انفجار فجائي

في شريان بالمخ ، وأن التصرفات المطعون عليها صدرت منه بعضها في يوليو وأخرها في نوفمبر سنة ١٩٤٣ وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل الوفاة بمدة تقرب من ستة شهور إلا أن هذه النوبة - التي لم يحدد تاريخها بالدقة - كانت لاحقة للبيع وأنه بفرض التسليم بأنها سبقت سائر التصرفات المطعون عليها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييراً طفيفاً لم يلبث أن زال وعاد المرض إلي ما كان عليه من استقرار- إذا كان الحكم قد أقام قضاءً علي ذلك وكان ما أثبتته من اشتداد المرض واستطالته وأثره في حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع - كان النعي عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون بمقولة إنه لم يعتد بالعامل النفسي الذي يساور المريض إذ اعتبر أن الإنكاس لا يكون دليلاً علي عدم استقرار المرض إلا إذا كان شديداً في حين أن المرض الذي ينتهي بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد والانتكاس مهما كان طفيفاً دليل علي عدم استقرار المرض - كان النعي عليه بذلك لا يعدو أن يكون جدلاً مما يستقل به قاضي الموضوع».

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٣)

٤- « العبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت هي بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته علي المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة » .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/١١)

٥- « إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة

الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايد علي البائنة من ظروف الدعوي وملابساتها ومن إقدام زوج البائنة والمشتري منها علي أخذ تصديقها علي البيع يوم وفاتها بمنزلها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته - ولما كان الظرف الأخير لا يدل بذاته علي تزايد المرض واشتداد وطأته علي البائنة في الفترة التي حصل فيها التصرف كما لا يدل عليه أيضا مجرد إشارة المحكمة إلي ظروف الدعوي وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات - فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلي القول بأن العقد محل الدعوي صدر من البائنة وهي في مرض الموت يكون قد عاره قصور في التسبب يستوجب نقضه » .

· (طعن رقم ١٥٦ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١/١١)

٦- « حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدي معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة . ومن ثم فسادام المتصرف كان مايزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المطعون عليها تقوم علي صدورها في مرض موت المتصرف أو علي أنها تخفي وصايا » .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٧- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته ، فإذا استطال المرض لأكثر من

سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه ، وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ، ولا تعد استقالة المرض حالة من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة . وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع . »

(طعن رقم ١٠٠٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

٢٢ - من يلحق بالمريض مرض الموت ؟

يلحق بالمرنض مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحاً في حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل في برائه وحجز لتنفيذ الحكم وتوفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده ، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف الأول للقتال أو في موضع الخطر أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحية ، أو كان في بلد عمه الوباء القاتل إذا توفي في هذه الحالة ^(١) .

٢٣ - المحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت :

الحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت لا ترجع إلي عدم أهلية المريض أو العيب في إرادته ، فالمرريض مرض الموت كامل الأهلية مالم يطرأ عليه سبب من انعدام الأهلية أو نقصها كالأصل العام .

وإنما المحكمة في تقييد التصرف هو أن حق الورثة يتعلق بمال مورثهم من وقت مرضه الذي يموت فيه . فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية الطبعة الثالثة

تبرع منذ هذا المرض كان لهذه التصرفات حكم الوصية . كما أن المورث المريض وقد شعر بدنو أجله فإنه يفكر أحيانا في محاباة بعض الورثة أو إشارهم علي البعض الآخر ، أو التصرف في بعض أمواله للغير ^(١) .

٢٤ حكم هبة المريض مرض الموت :

تأخذ الهبة التي تصدر من المريض مرض الموت حكم الوصية وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٩١٦ مدني .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني ينص علي ذلك في الفقرة الثانية من المادة ٦٦٥ منه ونصها : « تسري علي الهبة في مرض الموت أحكام الوصية » ، إلا أن المادة كلها حذفت في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالمادة ٩١٦ مدني (م ١٣٥٠ من المشروع) ^(٢) .

وتنص المادة ٩١٦ مدني علي أن :

١- كل عمل قانوني من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرف مضافا إلي ما بعد الموت . وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف .

٢- وعلي ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج علي الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت

(١) أحمد نجيب الهالبي ص ٢٠٤ - السلهوري ج٤ ص ٣٢٣ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٥٧ وما بعدها .

اعتبر التصرف صادرا علي سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

وبين من هذا النص ما يأتي :

١- عجم النص فأعطي حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات ، ما دام يقصد بها التبرع ، وقصد التبرع مفروض مادامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر في مرض الموت (١) .

٢- إذا أثبت الورثة أن الهبة صدرت من المورث في مرض الموت ، وكان المال الموهوب تزيد قيمته علي ثلث التركة وقت الوفاة فإن الوصية تصح وتنفذ بقدر الثلث من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد علي الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

إذ تقضي الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية بأنه « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد علي الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه » .

والمقصود بالورثة الذين يثبت لهم حق إجازة التصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم إرث المتصرف وقت موته . ولا يعتد بإقرارهم السابق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٢٩٧ .

علي موت المتصرف ولو دونوه كتابة في ذيل المحرر المثبت لتصرف المريض ، لأن حقهم في الإرث وبالتالي في إجازة تصرفات المورث لا يثبت لهم إلا عند موت الأخير . ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه (١) .

ويشترط في الورثة الذين يجيزون التصرف أن يكونوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، وهو ما يستوجب أن يكون الوارث عاقلًا بالغًا رشيدًا ، وإلا فإنه لا يكون أهلاً للتبرع ، ويقع إقراره باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه إسقاط دون مقابل لحق ثابت في التركة . فيكون غير البالغ رشيداً معدوم الأهلية بالنسبة إليه . كما يستوجب أيضاً أن يكون الإقرار صادراً من الوارث عن بينة من الأمر . أي أن يكون الوارث عالماً بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم إقراره وإلا كان الإقرار ذاته قابلاً للإبطال (١) .

أما إذا لم يجز الورثة الهبة فيما يزيد علي الثلث فإن الهبة لا تنفذ في هذه الزيادة ، ويلتزم الموهوب إليه بأن يرد إلي التركة ما يزيد علي الثلث .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقاً في

(١) سليمان مرقس ص ٥٦٥ .

التركة لاتثبت له إلا بهذه الوفاة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعي عليه - بالخطأ في تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدي البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يمتنع عليها الطعن فيها بالصورية - يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

٢- « إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد علي عقدي البيع - المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت - في وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثاً لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث ، ولايعتبر إجازة منه للعقدين ، لأن هذه الإجازة لايعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، إذ أن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لاتثبت له إلا بهذه الوفاة . كما أن توقيعه علي العقدين لايفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثاً وقت توقيعه كشاهد طبقاً لما تقدم ذكره » .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

٢٥ - تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد علي الثلث :

نظم التقنين المدني في المادة ٤٧٨ حكم تصرف المشتري في الجزء المبيع الزائد علي الثلث في حالة عدم إجازة الورثة لهذه الزيادة فتقضي بعدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير كسب بعرض حقاً عينياً علي العين المبيعة . وعلي ذلك فإن من يكسب حقاً علي المبيع الذي يطالب الورثة باسترداده فإن القانون يحميه ضد هذا الاسترداد

بشرطين أن يكون هذا الغير قد كسب حقه علي المبيع بعوض . وإلا فإن الورثة يكونون أولي منه بالحماية .

والثاني أن يكون الغير حسن النية أي أن يجهل وقت تعامله مع المشتري ما يهدد حقه بالزوال .

غير أن المشرع لم يورد نصا مماثلا بالنسبة لهبة المريض مرض الموت. ومن ثم فإنه تطبق القواعد العامة في هذا الشأن . فيسري التصرف في حق الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية قبل تسجيل دعوي الاستحقاق التي يرفعها الورثة علي الموهوب له مطالبين إياه بالزائد علي الثلث ولا يسري التصرف في حقهم من وقت تسجيل هذه الدعوي ، ولو كان المتصرف إليه حسن النية ^(١) .

٢٦ - إثبات مرض الموت :

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البيئة والقرائن. والغالب ثبوت مرض الموت بتقارير الأطباء . ومن القرائن علي صدور التصرف في مرض الموت أن يكون محررا قبل الوفاة بأيام قليلة مالم يكن الواهب قد مات فجأة .

ويقع عبء إثبات حصول الهبة في مرض الموت علي ورثة الواهب الذين يطعنون في هبته. وإن كانت المادة ٩١٦ قد نصت علي أنه لا يحتج علي الورثة الذين يطعنون علي التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ

(١) السهري ج ٥ ص ١٢٨ .

يظل حجة عليهم إلي أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف قد صدر في تاريخ آخر توصلًا منهم إلي إثبات أن صدوره كان في مرض الموت ، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاء لمورثهم .

ولا يكفي أن يثبت الحكم في مدوناته أن الهبة صدرت من المورث في مرض الموت ، وإنما يجب أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف ، وإلا كان قاصراً قصوراً يعيبه بما يبطله واستخلاص عناصر مرض الموت هو استخلاص موضوعي . فإذا بني علي أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كان الحكم حين قضي ببطلان التصرف الصادر من مورث المتصرف له بناء علي أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت قد اقتصر علي تقرير أن المورث المذكور كان مريضاً مرضاً انتهى به إلي الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يعيبه بما يبطله » .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١٢/١)

٢- « ثبوت وفاة المريض علي فراش مرضه في المستشفى بالتهاب رئوي بعد العملية الجراحية التي أجريت له لا ينفي حتماً أنه كان مريضاً مرض موت قبل دخوله المستشفى إذ قد يكون هذا السبب الأخير من مضاعفات المرض ولا يسوغ رفض الاستجابة إلي طلب الإحالة إلي

التحقيق لإثبات أنه كان مريضاً بالسرطان قبل دخوله المستشفى بثلاثة أشهر .

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٧)

٣- « حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاوله أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت . »

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

٤- « إن كانت المادة ٩١٦ من القانون المدني قد نصت علي أنه لا يحتج علي الورثة الذين يطعنون علي التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلي أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلاً منهم إلي إثبات أن صدوره كان في مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم . »

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١١)

٥- « من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته واستخلاص حصول هذا المرض بشروطه من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بها » .

(طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

٦- « ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هومن مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من الأوراق المطروحة علي بساط البحث في الدعوي متى كان استخلاصا سائغا » .

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٧- « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين علي محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن في أوراق الدعوي والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفي لتكوين عقيدتها فيه . وإذا كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت في مرض موته حتي تعتبر الهبة تصرفاً مضافاً إلي ما بعد الموت فتسري عليه أحكام الوصية طبقاً للمادة ٩١٦ من القانون المدني وكان الثابت من الحكمين المطعون فيها أن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلي أخيهما المطعون ضده الثاني صدرت منه في مرض موته وطلب

إحالة الدعوي إلي التحقيق لإثبات ذلك ، فإن كلاً من الحكمين إذ رفض هذا الطلب علي سند من مجرد قوله أن الطاعن لم يقدم دليلاً أو قرينة علي أن المورث كان مريضاً وقت الهبة وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوي إلي التحقيق فإنه يكون فضلاً عن إخلاله بحق الدفاع . مشوباً بالقصور الذي يستوجب نقضه » .

(طعنان رقم ١٠٣١ ، ١٠٣٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢)

٨- « إن المادة ٩١٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة علي أنه » إذا أثبتت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً علي سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك فإن مؤدي ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت ، فإن البيع يكون هبة مستترة ، ولا يؤيه بالثمن المكتوب في العقد ، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمناً في المبيع ، ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدي سريان البيع في حق الورثة إعمالاً لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه » .

(طعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠)

٩- « إن النص في المادة ٤٧٧ من القانون المدني علي أنه » إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بضمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع علي الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته . أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع - فيما يجاوز الثلث

لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين » ، وفي المادة ٩١٦ منه علي أن « كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلي ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا علي سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك » - يدل علي أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر في مرض موت مورثهم ، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع في حقيقته هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته ، فيكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلي إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة في الثمن . وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث ، فإن البيع يسري أيضا في حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن في نطاق ما يجوز الإيصاء به ، وفي الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع في مرض الموت ، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث ، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسري في حق الورثة - في حدود هذه الزيادة - إلا بإجازتهم ، أو بتقاضيهما ما يكمل ثلثي التركة من المشتري ، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصور البيع في مرض الموت » .

(طعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق جلسة
٢٠٠١/٦/١٢)

موضوع رقم (٤)

(العرض في الهبة)

٢٧ - النصوص القانونية :

مادة (٤٨٦) فقرة ثانية) مدني :

« ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين » .

مادة (٤٩٧) مدني :

يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العرض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة » .

٢٨ - الشروط الواجب توافرها في العوض :

يبين من المادتين ٢/٤٨٦ ، ٤٩٧ مدني أنه يجوز أن تقرن الهبة بمقابل . وهذا المقابل إما أن يكون التزاما أو شرطا علي الموهوب له ، أو عوضا يلتزم به الموهوب له . ويكون عقد الهبة عندئذ عقدا ملزما للجانبيين أو من عقود المبادلة . ويترتب عليه - كما سنري في موضعه من الكتاب - أنه إذا لم يوف الموهوب له بتعهدة فإنه يجوز للواهب بناء علي الشرط الفاسخ الضمني أن يطلب قسح الهبة .

وقد يكون هذا المقابل التزاما بالإعطاء أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل .

ويجب أن تتوافر في هذا الالتزام الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام ، بأن يكون المحل موجودا إذا كان متعلقا بشئ معين بالذات ، أو يمكننا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل .

ويجب أن يكون معنا أو قابلا للتعيين ويجب أخيرا أن يكون صالحا للتعامل فيه وبخاصة يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام . ونعرض لأحكام النصين سالف الذكر فيما يلي .

٢٩ - التزام الموهوب له بالقيام بالتزام معين :

ذكرنا أن المادة ٢/٤٨٦ مدني نصت علي أنه يجوز للمواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين . أي أن نية التبرع تكون قائمة في هذا النوع من الهبة مع فرض التزام معين يقوم به الموهوب له ، وهو ما يطلق عليه البعض الهبة المقيدة ^(١) . والالتزام المفروض علي الموهوب له ، قد يكون لمصلحة الموهوب له نفسه أو لمصلحة الواهب أو لمصلحة الأجنبي ، وهذه صورة من صور الاشتراط لمصلحة الغير ، أو للمصلحة العامة .

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الموهوب له ما يأتي :

١- أن يهب الواهب داراً للموهوب له ويشترط عليه الإقامة بها ، وهو البند المعروف في فرنسا ببند الإقامة .

٢- أن يهب الواهب نقودا للموهوب له ويشترط أن ينفقها في زهرة أو رحلة ، أو في شراء سندات ، أو شراء كتب ثقافية.

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٧٥ .

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الواهب ما يأتي :

١- أن يرتب الواهب في عقد الهبة إيرادا لمدي حياته يدفعه الموهوب له .

٢- أن يفرض الواهب في عقد الهبة علي الموهوب له أن يقوم بإيوانه ويتكفل بمأكله وملبسه .

ومثال الالتزامات التي تفرض لمصلحة الأجنبي .

١- أن يشترط الواهب علي الموهوب له أن يرتب إيرادا لأجنبي مدي حياة الأخير .

٢- أن يشترط الواهب وهو والد الموهوب له علي ابنه تجهيز أخته (أختي الموهوب له و بنت الواهب) والإنفاق عليها وعلي أمه (زوجة الواهب) بعد وفاة أبيه .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوبا فيه علي أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلي أن المشتري التزام بتجهيز أخته وبالإنفاق عليهما وعلي أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه . فإن مجرد النعي علي أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة . أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أخته ومن الإنفاق عليهما وعلي والدته بعد وفاة أبيه ، فلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة ولا يخرج عقدها عن طبيعته » .

(ظمن رقم ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢)

ومثال الالتزام المفروض لمصلحة عامة ، أن يشترط الواهب أن ينفق الموهوب له ريع الموهوب أو جزءا منه علي جهة خيرية كمدرسة أو ملجأ أو مستشفى (١) .

ولا يثير تكييف العقد بأنه هبة ثمة صعوبة إذا كان الالتزام مقررا لمصلحة الموهوب له ، إذ أنه والهبة معا يفيدان الموهوب له فائدة محضة (٢) .

إنما تثار الصعوبة في الحالات التي يستتبع فيها تنفيذ الالتزام قيام الموهوب له بإتفاق مبالغ تزيد علي المال الموهوب . ومثال ذلك أن يهب شخص لآخر ألفي جنيه للقيام برحلة دراسية في الخارج تتطلب خمسين ألف جنيه ، أو يهب الواهب لشخص معنوي قطعة أرض عن أن ينشئ مستشفى أو مدرسة تزيد تكاليفها علي قيمة الأرض .
والرأي الذي سارت عليه محكمة النقض أن هذا العقد لا يمدد عقد هبة ، بل عقد من عقود المعاوضة غير المسماة (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٧٩ .

(٢) السنهوري ص ١٣ .

(٣) أما الفقه فيرى أن هذا العقد عقد هبة ، تأسيسا على أن التزام المتصرف إليه لا يؤثر على طبيعة العقد ، بل يبقى هبة مهما كانت قيمة التزامات هذا الأخير ، حتى لو زادت في القيمة عن المال الموهوب ، ذلك أن الموهوب له تلقى بمقتضى العقد قيمة مالية دون أن يدفع مقابلا لها ، أما ما أنفقه فقد ظل خاصا به ، وتمخض لمصلحته في شكل فائدة محسوسة إذا كان شخصا طبيعيا ، وفي اتساع دائرة نشاطه وزيادة وسائله لتحقيق غرضه وأداء مهمته إذا كان شخصا معنويا . وهكذا تكون قد عانت إليه وحده منفعة ما أنفقه . وبالتالي لم يدرتب على تنفيذ الالتزام أى افتقار له . فالالتزام الذي تحمله -

إذ قضت بأن :

١- « إن الهبات التي يشترط فيها مقابل لاتعتبر من التبرعات المحض التي يجب أن توثق بعقد رسمي . فإذا كان العقد مشتملا علي التزامات متبادلة بين طرفيه إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المتيا) منطقة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة ، وإنما هو عقد غير مسمي ، فلا تجب له الرسمية ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك علي الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سيقنت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلي تمليك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال علي كيان العقد وحقيقته » .

(طعن رقم ٨٩ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٤/١١)

٢- « المقرر أنه إذا كانت الهبة مشروطة للمساهمة في خدمة عامة فإن الرسمية لا تكون لازمة لاتعقادها وأن الهبات التي يشترط فيها مقابل لاتعتبر من قبيل التبرعات المحضة التي يجب أن توثق في عقد رسمي » .

(طعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

٣- « المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن الهبات التي يشترط فيها المقابل لاتعتبر من التبرعات المحضة التي يجب أن توثق بعقد رسمي ، فإذا كان العقد مشتملا علي التزامات متبادلة بين طرفيه ،

- لا يعتبر لهذا السبب مقابلا للمال الموهوب يجعل من العقد معاوضة (محمود جمال الدين زكي ص ٨٠ - أكثم الخولي ص ٩٦ - السهوري ص ١٣) .

فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه لا يعد بيعا ولا معاوضة ، وإنما هو عقد غير مسمي فلا تجب له الرسمية ولا يجوز له الرجوع فيه ، وذلك علي الرغم مما قد يكون واردا فيه من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، لأن كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث علي التصرف ولا تؤثر علي كيان العقد .

(طعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٤)

٤- (أ) - وإذ كانت الهبة التي يشترط فيها المقابل لاتعتبر من التبرعات المحضة التي يجب أن توثق بعقد رسمي وأن التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذي نفع عام علي أن تتحمل الإدارة بقيمة النفقات وإقامة المشروع لايعتبر عقد هبة يخضع للأحكام المقررة في القانون من وجوب إفراغه في ورقة رسمية .

(ب) - « لما كان الثابت من الأوراق - وعلي ما سجله الحكم المطعون فيه - أنه بمقتضي العقد المؤرخ ١٩٧٧/١١/١١ التزم الطاعن بتمليك الوحدة المحلية المذكورة الأرض موضوع التداعي لإقامة موقف للسيارات الأجرة عليها ، وأن الجهة الإدارية قبلت ذلك منه وتسلمت هذه الأرض وأقامت بها المشروع المتفق عليه ، فإن التعاقد الذي تم بين طرفيه هو عقد من عقود المعاوضة غير المسماة ، ولا يعتبر عقد هبة فلا تجب الرسمية لاتعاقده ولايجوز الرجوع فيه ، وذلك علي الرغم مما يكون واردا فيه من ألفاظ التبرع أو التنازل أو الهبة ، إذ أن هذه الألفاظ إنما تساق لبيان الباعث وراء التصرف دون أن تؤثر بحال علي كيان العقد وحقيقته سالف البيان .

(طعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١)

٣٠ - الهبة بعوض :

وإن كانت الهبة لا تتحقق إلا إذا كانت سببا في إثراء الموهوب له ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تكون الهبة بعوض .

وهذا العوض قد يكون مشترطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، ولكن لا يكون مشترطا لمصلحة الموهوب له ^(١) .

ومن أمثلة العوض المشروط لمصلحة الواهب ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٩٩ مدني من أنه إذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزما بإبفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة هذا ما لم يتفق علي غيره .

وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة من أنه إذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق علي غير ذلك .

ومثال العوض المشروط لصالح أجنبي ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من أنه إذا كان الشيء الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق علي غير ذلك..

(١) أكتفم الخولى ص ٩٢ .

وتكون الهبة في هذه الحالة هي الفرق بين المال الموهوب ومقدار العوض ، أما إذا كانت قيمة المال الموهوب تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معاوضة لا هبة ^(١) .

وإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض - ويتحقق ذلك غالباً إذا كان الموهوب له علي غير بينة من أمره - فإن الموهوب له يكون ملزماً بأن يؤدي العوض المشروط قدر قيمة المال الموهوب فقط (م٤٩٨) .

(٢) السنهوري ص ١٤ - أكلم الخولى ص ٩٢ - ويشترط الدكتور محمد كامل مرسى ص ٧٤ ليكون العقد معاوضة أن يكون العوض مساوياً للمال الموهوب .

موضوع رقم (٥)

(الشرط الرابع)

(شكل الهبة)

٣١ - النص القانوني :

مادة (٤٨٨) مدني :

« ١- تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

٢- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلي ورقة رسمية » .

٣٢ - حكمة اشتراط الشكلية في عقد الهبة :

اشترط المشرع الشكلية في الهبة - بأن تكون في ورقة رسمية في العقار كما سنري - حماية للواهب وحماية لأسرته ، وحماية للموهوب له .

فالهبه حماية للواهب ، لأنها عقد له خطره إذ فيه يتجرد الواهب عن ماله دون عوض . فيكون في الشكلية تنبيه لهذا الأخير إلي خطر ما هو مقدم عليه ، فهي تستلزم إجراءات عديدة تدعو الواهب إلي التفكير والتدبر بما يقتضيه من وقت ، فضلا عن أن في إجراءاتها أمام موظف عام ما يوفر له أسباب الحرية في هذا التصرف ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٥٤ - محمود جمال الدين زكي

والشكلية ذات فائدة لأسرة الواهب ، لأن تجرد الواهب من ماله دون مقابل يسلب ورثته بعض حقهم في تركته ، وقد يكون في إجراءات الورقة الرسمية وعلاقتها سبيل الورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم فيبصرونه بمغبة عمله .

وهي مفيدة للموهوب له ، لأن الهبة عقد يسهل الطعن فيه ، فخير للموهوب له أن يتسلح بهذه الرسمية للدفاع عن حقه ^(١) .

٣٣ - الرسمية في الهبة :

تنص المادة ١/٤٨٨ مدني علي أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . وظاهر من هذا النص أن الشكل الرسمي هو القاعدة العامة في جميع الهبات سواء كان محلها عقارا أم منقولا .

أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

ويستثني من الرسمية أن تتم الهبة تحت ستار عقد آخر أي أن يكون هناك محرر عرفي تفرغ فيه الهبة في صورة عقد آخر كالبيع مثلا .

وعلي ذلك فالرسمية ركن لانعقاد العقد وليست طريقا لإثباته .

والغالب أن يتضمن المحرر الرسمي رضا الطرفين ، أي الإيجاب والقبول ، ولكن ليس هذا ضروريا ، فليس ثمة ما يمنع من أن يكون كل من الإيجاب والقبول في ورقة مستقلة ، وفي هذه الحالة لا يجب أن يكون رسميا إلا المحرر المتضمن إيجاب الواهب . أما قبول الموهوب له فيصح أن يكون في محرر عرفي ^(٢) .

(١) السنهاوري ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) السنهاوري ص ٥١ - محمود جمال الدين زكي ص ٨٩ .

بل يعتبر سكوت الموهوب له قبولا ، وقد تكون الكتابة دليلا عليه
كما قد يقوم عليه دليل آخر كتسلم المال الموهوب . وهذا الحكم مخالف
لما كان عليه الحال في التقنين المدني القديم الذي أوجب - علي غرار
القانون الفرنسي - أن يكون الإيجاب والقبول حاصلين بعقد رسمي
(م٤٨/٧٠) . إذ تنص المادة المذكورة علي أنه لاتصح الهبة ولا القبول
إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي . فإذا ورد القبول في نفس العقد مع
الإيجاب يكفي أن يكون العقد حاصلًا بمحرر رسمي ، أي لا يشترط أن
يحرر بالقبول ورقة رسمية مستقلة . أما إذا كان القبول منفردا فيجب
أن يكون حاصلًا بمحرر رسمي كذلك .

أما القانون الجديد فلم يأت بهذا التفصيل بل نص علي أن : « تكون
الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة » والظاهر من هذا النص أن
القانون الجديد لا يشترط الرسمية في القبول إذا حصل بورقة لاحقة
للإيجاب (١) .

ويجب أن تتضمن الورقة الرسمية جميع شروط الهبة ، أي جميع
عناصر الهبة من مال موهوب وواهب وموهوب له ، وجميع الشروط التي
قد يحتويها هذا العقد من عوض والتزامات مفروضة علي الموهوب له .

ولا يجوز استكمال هذه الورقة الرسمية ، في عناصر الهبة بأوراق
أخري غير رسمية ، وإلا كانت الهبة باطلة لانتفاء الشكل ، وإن جاز
الاستعانة بهذه الأوراق غير الرسمية في تفسير عقد الهبة .

ويخضع شكل الـهبة لقانون البلد الذي تمت فيه عملا بالمادة ٣٠ من التقنين المدني التي تجري علي أن : « العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » .

وتختص بتحرير الـهبة مكاتب التوثيق التي صدر بإنشائها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) بشأن التوثيق ، كما هو الشأن في جميع المحررات الرسمية ، وذلك طبقا للأوضاع التي قررها ذلك القانون .

وقد أوجب القانون ولائحته التنفيذية علي الموثق ما يأتي :

١- عدم توثيق المحرر إلا بعد دفع الرسم المستحق عليه (م ٣ من اللائحة التنفيذية للقانون) .

٢- أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم وصفاتهم وسلطاتهم قبل إجراء التوثيق (م ٥ من القانون) .

وله أن يطلب- إثباتا لأهلية المتعاقدين - تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو صورة رسمية من قيد واقعة الميلاد (م ٥ من اللائحة التنفيذية) . وإذا اتضح له عدم توافر الأهلية أو الرضا أو الصفات أو السلطات لدى المتعاقدين ، أو إذا كان المحرر المطلوب توثيقه ظاهر البطلان وجب عليه أن يرفض التوثيق وإخطار ذوي الشأن بالرفض بكتاب موصي عليه يوضح فيه أسباب الرفض (م ٦ من القانون) . ولن رفض توثيق محرره أن يتظلم إلي قاضي الأمور

الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها وذلك في خلال عشرة أيام من إبلاغ الرضا إليه ، وله أن يطعن في القرار الذي يصدره القاضي أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية .

وقرار القاضي أو غرفة المشورة لا يجوز قوة الشيء المقضي به في موضوع المحرر (م ٧ من القانون) .

٣- يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين غير المعروفين له ببطاقة الحالة المدنية أو العائلية أو بأي مستند رسمي آخر . وإلا فبشهادة شاهدين بالغين عاقلين ثابتة شخصية كل منهما بمسند رسمي (م ١/٧ من اللائحة التنفيذية)^(١) .

٤- إذا تم التعاقد بوكيل فعلي الموثق أن يتأكد أن مضمون المحرر المطلوب توثيقه لا يجاوز حدود الوكالة (م ٦ من اللائحة التنفيذية) .

٥- يجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن على المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم ويوقع هو وأصحاب

(١) وكانت المادة الثامنة من اللائحة قبل تعديلها - بالقرار الوزاري رقم ٨٢٠ لسنة ١٩٦٣ تنص على أنه لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملين الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما في المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة .

ويجوز للموثق أن يكتفي بالشاهدين المنصوص عليهما في المادة السابقة متى توافرت فيها هذه الشروط .

وعلى الشاهدين أن يوقعا المحرر مع أصحاب الشأن والموثق .

الشأن المحرر والمرفقات . وإذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب علي الموثق أن يرقم صفحاته وأن يوقعها جميعها مع أصحاب الشأن (م ١٠ من اللائحة التنفيذية) .

٦- يحفظ بالمكتب أصل المحرر (م ١٨ من اللائحة التنفيذية) . ويتولي المكتب إرسال صورة منه إلي المكتب الرئيسي بالقاهرة لحفظها فيه (م ٢٠ من اللائحة التنفيذية) .

وتنسخ صورة من المحرر لتسليمه لأصحاب الشأن بعد دفع الرسم المقرر (م ١٩ من اللائحة التنفيذية) .

وكون عقد الهبة رسميا لا يمنع من الادعاء بصوريته وبأنه يخفي وصية ، ومن ثم يقع علي من يدعي بذلك وهو وارث الواهب عبء إثبات الصورية طبقا للقواعد العامة في الإثبات .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه أن النصوص الواردة في العقد المختلف علي تكييفه صريحة من أنه عقد منجز ، فإن ما طعن به المطعون ضدها (البائعة) علي هذا العقد وهي إحدي طرفيه من عدم صحة ما أثبت فيه من أنه عقد بيع ، وأن الثمن المسمي فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستتر وصية ، ولم يدفع فيه أي ثمن ، إنما هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، وعليها يقع عبء إثبات هذه الصورية ، فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد ، لأنها تعتبر عندئذ حجة عليها » .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٧١/١/٥)

٢- « التمسك بأن عقد البيع يستتر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ويقع علي الطاعن - وارث البائعة عبء إثبات هذه الصورية ، فإن عجز ، وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه » .

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦)

٣- التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستتر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة في الإثبات التي تلقي علي الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه » .

(طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨)

٣٤- التوكيل بالهبة :

إذا كانت الهبة حاصلة بواسطة وكيل عن الواهب ، وجب أن يكون هذا التوكيل رسميا لأن الواهب إنما يقرر بموجب هذا التوكيل رضا « بالهبة ، وإلا كانت الهبة باطلة . لأن القاعدة هي أنه إذا كان العقد المراد إجراؤه يشترط فيه الرسمية ، فإن التوكيل بإبرام هذا العقد يجب أن يكون رسميا (١) .

٣٥ - جزاء تخلف الرسمية في الهبة :

إذا تخلف شرط الرسمية في الهبة ، فإن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا - مالم تستند الهبة إلي أحد الأشكال الأخرى كما سيبيح - لأن الشكل ركن لانعقادها وليس شرطا لصحتها أو دليلا لإثباتها .

ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان.

وللواهب نفسه أن يتمسك بالبطلان مهما كان موقفه من تعنت أو سوء نية واستهتار بالعهد الذي قطعه علي نفسه ^(١) . كما يجوز ذلك لورثة الواهب وخلفه الخاص كالمشتري من الواهب . وإذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب للموهوب له وانقضت دعوي البطلان بالتقادم (خمس عشرة سنة من وقت عقد الهبة م ١٤١/٢ مدني) جاز للواهب أن يرفع دعوي استحقاق يسترد بها العقار ، ولا يستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوي بالتقادم ، بل يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها .

وقد قضت محكمة النقض - في ظل القانون القديم - بتاريخ ١٩٤٦/١٢/٥ في القضية رقم ١٢٤ لسنة ١٥ ق بأن :

« إن العقد المشوب ببطلان أصلي متعلق بالنظام العام هو في نظر القانون لا وجود له . ولما كان التقادم لا يصحح إلا ما كان له وجود فإن مثل هذا العقد لا ينقلب صحيحا مهما طال عليه الزمن . ومن ثم لا يكون البتة للتقادم أثر فيه ، ولصاحب الشأن دائما أبدا رفع الدعوي أو الدفع ببطلانه . وإذن فالحكم الذي يقضي بسقوط الحق في رفع دعوي

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٩٠ - محمد كامل مرسى ص ٨٠ وما بعدها -
أحكام الخولي ص ١١٢ وما بعدها .

بطلان عقد الهبة مع تسليمه بأنه باطل بطلانا أصليا متعلقا بالنظام العام يكون مخالفا للقانون » (١) .

٣٦ - هل يجوز إجازة الهبة الباطلة لتخلف الشكل ؟

ذكرنا أن الرسمية شرط لاتعقاد الهبة ، وأنه يترتب علي تخلف هذا الشرط بطلان الهبة بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ، ومن ثم لايزول هذا البطلان بالإجازة إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ مدني علي أنه إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولايزول البطلان بالإجازة .

إنما يجوز للمتعاقدين إبرام عقد هبة جديد ، تتوافر فيه عناصر العقد المطلوبة ، ومنها الشكلية . ويشترط توافر الأهلية في المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة ولايكفي في توافرها وقت إبرام الهبة القديمة .

وإذا كانت الهبة الباطلة واردة علي منقول، ولكن الواهب اعتقد أن الهبة صحيحة وأنها تلزمه بتسليم المنقول إلي الموهوب له فقبضه ، لم

(١) ذهب القانون المدني الجديد مذهباً آخر فإنه فرق بين دعوى إبطال العقود القابلة للإبطال (النسبي) وبين دعوى بطلان العقود الباطلة (البطلان المطلق ومنه المتعلق بالنظام) وبعد أن أورد أحكام العقود القابلة للإبطال وحدد لتقادم الحق في طلبه مدة قصيرة نص في المادة ١٤١ على أنه : ١ - إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة ٢ - وتسقط دعوى البطلان بمعنى خمس عشرة سنة من وقت العقد ، وعلى أنه لم يتعرض للبطلان ولم يذكر له حكماً - مجموعة القواعد القانونية - محمود عمر جـ ص ٢٧٢ هامش (١) .

يكن في تنفيذ الهبة علي هذا النحو إجازة للهبة الباطلة ، فإن هذه الهبة لا تلحقها الإجازة ، ويستطيع الواهب في هذه الحالة أن يسترد المنقول الذي وهبه . ولا يجوز للموهوب له أن يدفع بعدم جواز الاسترداد يدعوي أن الواهب قد نفذ الهبة عملا بالمادة ٤٨٩ مدني التي تقضي بأنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه - والتي سيلي شرحها - لأن الواهب لم ينفذ الهبة مختاراً هو عالم بطلانها ، وشرط عدم الاسترداد طبقاً لهذه المادة أن يكون الواهب يعلم ببطلان الهبة وينفذها - كما سنري - باختياره .

ولا يعتبر تنفيذ الهبة عقد لها بالقبض ، لأن تسليم الموهوب لم يتم كإجراء مكمل لركن التراضي في الهبة اليدوية .

غير أن المادة ٤٨٩ سالفه الذكر قد أجازت استثناء إجازة الهبة الباطلة لانتفاء الشكل في حالة تنفيذها باختيار الواهب أو ورثته ، علي نحو ما سنري في البند التالي .

التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعيب في الشكل :

١٦ - النص القانوني :

مادة (٤٨٩) مدني :

« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » .

٣٨ - أحكام إجازة الهبة الباطلة لعيب في الشكل بالتنفيذ الاختياري :

ذهب رأي إلي أنه إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فإنهم لا يستطيعون استرداد الموهوب ، لأن الهبة التي اختل فيها ركن الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي لا يجبر المدين علي تنفيذه ولكن يصح الوفاء منه اختيارا .

واستند هذا الرأي إلى أن نص المادة (٤٨٩) كما وردت في المشروع التمهيدي وكانت برقم (٦٦٣) تنص علي أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته ، مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » . وقد تليت المادة في لجنة المراجعة واقترح معالي السنهوري باشا تعديلات تجعل الحكم مستقيما مع القواعد العامة ، إذ أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذا لالتزام طبيعي ، فوافقت اللجنة علي ذلك وأصبح نص المادة النهائي بوضعه الحالي ^(١) .

ولما جاء بذكر المشروع التمهيدي :

« ٢- علي أنه إذا لم تستوف الهبة الشكل اللازم ، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها ، كان هذا التنفيذ معتبرا ، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة ، لا لأن الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة ٦٦٣ من المشروع ، بل لأن الهبة الباطلة يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نفذ لايجوز استرداده ، (ويجب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٥١ وما بعدها .

إذن حذف المادة ٦٦٣ من المشروع « والتي أصبحت برقم ٤٨٩ » فإن ورودها في الصيغة التي وردت بها خطأ كما تبين ، ولا حاجة لإيرادها في صيغة صحيحة فإن حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة ، وهو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع »^(١) .

وأنه جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب : « استفسرت اللجنة كيف لا يجوز استرداد الهبة التي سلمت إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لعيب في الشكل فأجيب بأن الهبة الباطلة بطلانا مطلقا لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي يعتبر تسليم الموهوب للهبة تنفيذا له ، وأنه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية »^(٢) .

وقد عدل الدكتور السنهوري - أحد أصحاب الرأي السابق - عن هذا الرأي وأيده البعض^(٣) ، وأخذوا بالرأي الذي كان واردا في نص المشروع التمهيدي قبل تعديله في لجنة المراجعة والذي كان ينص علي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٥٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٥٢ - من هذا الرأي محمد كامل مرسي ص ٨١ ، ص ٨٤ - السنهوري في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وأمام لجنة المراجعة على النحو الذى سردناه سلفا وفى الموجز ص ٤٦٧ هامش رقم (٢) . إلا أنه عدل عن ذلك كما أوضحنا فى المتن .

(٣) السنهوري ص ٧٤ وما بعدها - محيي الدين علم الدين ص ٢٨ - الدكتور كمال حمدى المواريث والهبية والوصية ١٩٩٨ ص ١٦٢ وما بعدها .

أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » ، فالهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة ، مادام القانون قد نص علي ذلك ، ونص في الوقت ذاته علي الطريقة التي بها تجاز وهي التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة ، ومن ثم لاتلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها ، ويشترط لذلك أن يكون الواهب عالما بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك يقدم علي تنفيذها راضيا مختارا وهو علي بينة من أمره ، فيسلم المال للموهوب له قاصدا بذلك إجازة الهبة .

واستند هذا الرأي إلي سببين السبب الأول : أن الشكل هو من صنع القانون ، والقانون هو الذي يعين الجزاء علي الإخلال به فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لاتلحقه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلا .

والسبب الثاني : أنه لو صح أنه يتخلف عن الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعي ، لصلح هذا الالتزام ، ليس فحسب للوفاء به فلا يسترد بعد الوفاء ، بل أيضا ليكون سببا لالتزام مدني (م ٢٠٢ مدني) فيستطيع الواهب أن يتهرب من الشكل بأن يهب المال في ورقة عرفية فيتخلف عن هذه الهبة الباطلة للشكل التزام طبيعي ، يتخذه سببا لالتزام مدني نحو الموهوب له ينشئه أيضا بورقة عرفية . وبذلك يتمكن الواهب عن طريق ملتو أن يهب ماله هبة مباشرة مكشوفة دون مراعاة الشكل الواجب قانونا (١) .

(١) ويذهب رأي آخر إلى أن التقنين الجديد قد خلق إلى جانب الرسمية شكلا جديدا ذا صيغة عامة يمكن أن تتم فيه الهبة هو التنفيذ الاختياري بشروطه -

= السابقة . ولا غرابة في أن يكون التنفيذ الاختياري شكلا تتم به الهبة لأنه ينطوي على مجرد مختار من الواهب عن المال الموهوب ويحقق - بما ينطوي عليه من التجرد والحال المباشر - حماية للواهب توازي بل وتغوق الحماية التي يمكن أن تحققها له الرسمية . فإقدام الواهب على التجرد واختيارا منه عن المال الموهوب رغم علمه بأن الهبة باطلة وأنه يستطيع لو شاء أن يحتفظ بهذا المال دليل قاطع على أن إرادته في الهبة إرادة مستقرة مبصرة لاحتياج إلى حماية القانون .

وإذا كانت الهبة قد نفذت اختيارا فور توافق الإرادتين فلا صعوبة في الأمر . أما إذا انقضت فترة بين الاتفاق على الهبة فيما بين الطرفين وبين التنفيذ الاختياري فإن التحليل السابق يقضي باعتبار الهبة منعقدة من وقت التنفيذ الاختياري فقط دون أثر رجعي لأن التنفيذ الاختياري ليس إجازة للاتفاق السابق وهو اتفاق باطل بطلانا مطلقا بل هو من قبيل إعادة عمل العقد من جديد في هذا الشكل الجديد .

وإذا كان التنفيذ الاختياري صادرا من ورثة الواهب ، فإن العقد يعتبر منعقدا بين الموهوب له والورثة لا بينه وبين المورث ولانتقل الملكية إلى الموهوب له إلا من تاريخ العقد الجديد لا من وقت تمام الاتفاق في حياة المورث وهذا بعكس القول بفكرة الالتزام الطبيعي الذي تتحمل به التركة (أكتم الخولى ص ١١٧ وما بعدها) .

وينتقد الدكتور السهوري هذا الرأي ص ٧٨ هامش (١) وما بعدها بأنه يخلط بين التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة والقبض في هبة المتقول ، وأن هذا الرأي لا يؤدي إلى النتائج التي تؤدي إليها فكرة إجازة الهبة عن طريق التنفيذ الاختياري وأن صاحب الرأي نفسه يبرز فرقتين : أحدهما أن الهبة تعتبر منعقدة من وقت التنفيذ الاختياري ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة من وقت صدورهما ، والفرق الثاني أنه إذا كان الذي قام =

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض ، إذ ذهبت إلى أن :

١- « النص في المادة ٤٨٩ من القانون المدني علي أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » يدل علي أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها اختيارياً من جانب الواهب أو ورثته بأن يكون الواهب أو الوارث عالماً بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك يقدم علي تنفيذها راضياً مختاراً وهو علي بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلي الموهوب له قاصداً من ذلك إجازة الهبة . فتقلب الهبة الباطلة إلي هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ، ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه » .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٨/٣/١٩٧٥)

٢- الأصل طبقاً لنص المادة ١/٤٨٨ من القانون المدني في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية حتي تتوافر للواهب أسباب الجدية في عقد ينزله عن ماله دون مقابل وإلا وقعت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً لاتصححها الإجازة غير أن المشرع خرج علي هذا الأصل العام في حالة التنفيذ الاختياري للهبة بما أورده بنص المادة ٤٨٩ من القانون المدني والتي تنص علي أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة

= بالتنفيذ الاختياري هم الورثة فإن الهبة تكون قد انعقدت بينهم وبين الموهوب له فتنتقل الملكية منهم لا من المورث ، ولو أخذنا بفكرة الإجازة لاعتبرت الهبة منعقدة بين المورث والموهوب له فتنتقل الملكية من المورث لا من الورثة . ولعل هذا الفرق الثاني هو الذي يظهر ما في الرأي من غرابة.

باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه « يدل علي أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل ترد عليها الإجازة بالتنفيذ الاختياري لها دون غيره من طرق الإجازة فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة والضمنية ، ولكي تنتج هذه الإجازة آثارها يشترط أن يكون الواهب عالماً بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك قام بتنفيذها لتسليم المال الموهوب للموهوب له قاصداً بذلك إجازة الهبة وعند ذلك تنقلب الهبة صحيحة ولا يشترط فيها الرسمية » .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٥/١٢)

٣- « لئن كان جواز إثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود طبقاً للاستثناء المنصوص عليه في المادة ٦٣ من قانون الإثبات - عند وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول علي دليل كتابي - منوطاً بألا تكون هذه التصرفات مما يوجب الشارع إفراغها في محرر رسمي ، لأن الرسمية تكون ركناً من أركانها فلا تنعقد ولا تثبت بغيرها ، وكان النص في المادة ٤٨٨ من القانون المدني علي أن « تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » . وفي المادة ٤٨٩ منه علي أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه « يدل علي أنه وإن كانت الورقة الرسمية شرطاً لاتعقاد الهبة فلا تصح ولا تثبت بغيرها إلا أنه لما كانت الهبة الباطلة لعيب في الشكل ترد عليها الإجازة عن طريق تنفيذها تنفيذاً اختيارياً من جانب الواهب أو ورثته - بأن يكون الواهب أو الوارث عالماً بأنها باطلة لعيب في الشكل ومع

ذلك يقوم بتنفيذها راضياً مختاراً وهو علي بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلي الموهوب له قاصداً من ذلك إجازة الهبة فنقلب الهبة الباطلة إلي هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ولا يجوز له أن يسترد ما سلمه - فإن مقتضي ذلك أن إثبات عقد الهبة التي يتم تنفيذها تنفيذاً اختيارياً لا يتقيد بأن يكون بورقة رسمية بل يكون خاضعاً للقواعد العامة في إثبات سائر العقود .

(طعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

٤- لما كان يتعين طبقاً للمادة ١/٤٨٨ من القانون المدني أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، وكان النص في المادة ٤٨٩ من ذات القانون علي أنه : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » يسدل علي أن الهبة الباطلة لعيب في الشكل لا ترد عليها الإجازة إلا عن طريق تنفيذها تنفيذاً اختيارياً من جانب الواهب أو ورثته بأن يكون الواهب أو الوارث عالماً بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك يقدم علي تنفيذها راضياً مختاراً وهو علي بينة من أمره فيسلم المال الموهوب إلي الموهوب له قاصداً من ذلك إجازة الهبة فنقلب الهبة الباطلة إلي هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة ولا يجوز له أن تسترد ما سلمه .

وعقد الهبة الباطل لعيب شكلي لا يحول دون تملك المال الموهوب بالتقادم الطويل .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في تقريراته أنه علي الرغم من بطلان عقد البيع باعتباره هبة سافرة لم تتم في شكل رسمي فإن أحد الموهوب لهم قد وضع يده علي الأعيان الموهوبة المدة الطويلة واستوفي وضع يده الأركان القانونية التي تجعله سببا لكسب الملكية فإنه مؤدي ذلك أنه قد غلّك تلك الأعيان بالتقادم المكسب لا بالعقد الباطل ومن ثم فإذا كان عقد قسمة تلك الأعيان قد لحقه البطلان لاستناده إلي عقد الهبة الباطل إلا أنه إذا تضمن بيعا من والد الموهوب له لحفيده عن نصيبه الميراثي في تلك الأعيان التي لم تؤل ملكيتها للبائع أو لمورثه بسبب عقد الهبة الباطل وإنما بسبب آخر غير مترتب عليه ولا صلة له به ، فإن هذا البيع لا يمتد إليه البطلان بل يبقى صحيحا باعتباره عقدا مستقلا وإن كان واردا في عقد القسمة المذكور » .

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/١٧)

٣٩ - هبة المنقول بورقة رسمية وبالقبض :

بعد أن نصت المادة ٤٨٨ في فقرتها الأولى علي أن تكون الهبة بورقة رسمية - إلخ ، أردفت في الفقرة الثانية أنه ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض ، دون حاجة إلي ورقة رسمية .

أي أن الفقرة الأولى من المادة بعد أن وضعت القاعدة العامة في شكل الهبة وهي الرسمية استثنت في فقرتها الثانية المنقولات من حكمها . فالقبض في هبة المنقول استثناء من الرسمية ويقوم مقامها . ومعني ذلك جواز أن تكون الهبة في المنقول بمجرد رسمي طبقا للقاعدة

العامه ، وفي هذه الحالة يتم العقد وتترتب عليه آثاره دون حاجة إلى تسليم المتقول إلى الموهوب له .

أما إذا لم تعقد الهبة بمحرر رسمي فإن التسليم يكون ركنا في العقد وليس التزاما ناشئا عنه فلا تتم الهبة إلا بالقبض ، ومعنى ذلك أن الهبة تكون عقدا عينيا ، ويطلق على الهبة هذه أيضا (الهبة اليدوية) . وهذا الحكم كان قائما في التقنين المدني القديم إذ كانت المادة ٧١/٤٩ تنص على أن : « تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمي بها إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له » .

❖ - المقصود بالقبض :

ذهب رأي إلى أن التقنين المدني القديم وإن كان يشترط في القبض أن يكون قبضا فعليا من الجانبين أي تسليما فعليا من الواهب وتسليما فعليا من الموهوب له ، بحيث تنتقل حيازة الموهوب له حيازة كاملة تحميها دعاوي الحيازة وتفضي إلى التملك إذ نصت المادة ٧١/٤٩ - كما رأينا في البند السابق - على أن : « تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون احتياج إلى تحرير عقد رسمي بها إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له » . إلا أن المشرع في التقنين المدني الجديد لم يرد أن يتقيد بهذا التحديد في القبض ، فأطلق اللفظ وأصبح قبض الهبة معادلا لتسليم المبيع ، إذ نصت المادة ٤٣٥ مدني - الواردة في البيع - على أن : « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته

والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك وبحصل هذا التسليم علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين ، إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

وبالترتيب علي ذلك ، فإن القبض في الهبة اليدوية قد يكون تسليمًا فعليًا من الواهب وتسليمًا فعليًا من الموهوب له ، وقد يكون تسليمًا فعليًا من الواهب غير مقترن بتسليم فعلي من الموهوب له . وقد يكون تسليمًا حكميًا .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي .

٤ - التسليم والتسلم الفعلي للمنقول :

في هذه الصورة يتناول الموهوب له المنقول الموهوب يدا بيد ، وتنتقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلي الموهوب له .

وهذا إذا كانت طبيعة المنقول تسمح بمناولته مناولة مادية ، كالنقود أو ساعة أو خاتم أو مجوهرات أو أثاث أو كتب أو نحو ذلك من المنقولات المادية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا قضى الحكم برفض دعوى المدعي بنصيبه الميراثي في مبلغ مودع أحد البنوك بانبا ذلك علي أن المورث قد وهبه ولده في حال حياته فخرج من تركته ، في حين أنه كان من دفاع المدعي أنه ليس ثمة أي دليل علي صدور هبة من المورث ، وكان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حسابا خاصا في البنك لولده أودع فيه باسمه المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه ما يدل علي صدور إيجاب بالهبة من المورث ، لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أنه يفيد إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجع أحدها إلا بمرجع ، وبهذا لا يكون الحكم قد عني بتحصيل الركن الأول الأساسي من أركان عقد الهبة وهو الإيجاب ، فيكون باطلا » .

(طعن رقم ١٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨)

٢- « لا يكفي لنفي حيابة المال المودع الوقوف عند حد مناقشة أركان الهبة التي ذكر المودع باسمه المال أنها سبب تملكه له ، بل يجب أن يكون النفي منصبا علي أن حيابة المال وإن انتقلت في الظاهر إلي من أودع باسمه فإنها بقيت في حقيقة الأمر وواقعه لمودع المال الذي ظل مسيطرا عليه » .

(طعن رقم ١٣٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦)

٣- « إن قرينة حيابة شخص لمال مودع صندوق التوفير المستمدة

من تحرير دفتر توفير باسمه هي قرينة قانونية غير قاطعة يمكن دفعها بكافة أوجه الإثبات بما فيها القرائن .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/٢٦)

٤٢ - التسليم الفعلي للمنقول من جانب الواهب :

يكون التسليم الفعلي للمنقول من جانب الواهب ، بأن يضع الواهب المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، دون استيلاء الموهوب له علي المنقول بالفعل استيلاء ماديا ، بشرط إعلام الموهوب له بوضع المنقول الموهوب تحت تصرفه . والتسليم الفعلي علي هذا النحو يتم بالطريقة التي تتفق مع طبيعة الشيء . فيتم تسليم المنقول بتسليم مفتاح المخزن الذي يوجد به أو بتحويل سند شحنه أو إيداعه أو تخزينه . أو بإفراز الشيء إذا كان منقولاً معينا بالنوع .

ومما يؤيد ذلك أن مشروع التقنين المدني كان يتضمن نصاً برقم (٦٦١) يجري علي أن : « لا تتم هبة المنقول إلا بتسليم الشيء الموهوب تسليمياً فعلياً وقبضه » ، إلا أن هذا النص حذف من المشروع وجاء بملحق تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه « اقترح أن تضاف فقرة ثالثة إلي المادة ٤٨٨ نصها « مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة يكون القبض بالتسليم والتسلم الفعلي » ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، فليس ثمة ما يدعو إلي تعريف القبض علي هذه الصورة بالنسبة للهبة بخصوصها » (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

٤٣ - التسليم الحكمي :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني - الواردة في البيع - علي أن : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » - وهذا النص إنما هو تطبيق تشريعي لبدأ عام في انتقال الحيازة إذ تنص المادة ٩٥٣ مدني علي أنه : « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » .

وهذا التسليم الحكمي يستند أيضاً إلي الأعمال التحضيرية للتقنين المدني ، إذ كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يشتمل علي نص المادة ٦٧٣ ، التي تنص في الفقرة الثالثة منها علي أنه : « أما إذا كان (الموهوب) منقولاً ، فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الحقيقي الكامل ، فإن كان المنقول موجوداً في حيازة الموهوب له وقت الهبة ، فتنقل الملكية بمجرد الاتفاق علي الهبة ، دون حاجة إلي قبض جديد » ، إلا أن لجنة المراجعة حذقت هذه المادة بأكملها لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ^(١) .

فالقبض الحكمي له صورتان :

الصورة الأولى : أن يكون المنقول في حيازة الموهوب له بعد بعد الهبة ، بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازي أو نحو ذلك ، ثم تقع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٢٦٤ وما بعدها .

الهبة فيتفق الواهب مع الموهوب له علي أن يبقى المنقول في حيازة هذا الأخير ، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن بل كمالك عن طريق الهبة ، وهذه الصورة من القبض الحكمي تطبق علي هبة المنقول لأن الواهب فيها يكون قد تجرد عن حيازة المنقول بعد الهبة باتفاق جديد غير الاتفاق علي الهبة وهذا يكفي في تنبيه الواهب إلي خطر ما أقدم عليه .

والصورة الثانية : أن يبقى المنقول في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو غير ذلك مما يترتب علي عقد يستلزم نقل حيازة الشيء .

وهذه الصورة لا تكفي لتمام الهبة اليدوية ، لأن الواهب لم يتجرد عن الحيازة علي وجه ينبهه إلي خطر ما أقدم عليه ويدل علي تصميمه علي المضي في الهبة . فلا بد إذن من أن يسلم الواهب المنقول للموهوب له ، ثم يرده الموهوب له للواهب علي سبيل الإيجار أو الوديعة أو العارية أو أي سبيل آخر ^(١) .

(١) السهوري ص ٥٧ وما بعدها - كمال حمدي ص ١٦٠ وما بعدها - محيي الدين علم الدين ص ٢٦ وما بعدها - ويذهب رأي آخر إلى أن القبض يكون بالتسليم الحقيقي بمعنى أن يقبض الموهوب له المنقول فعلا ، ولا يكفي أن يكون حكما كتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها المنقولات أو سند إيداع الأوراق المالية في أحد المصارف إذا كانت لحاملها ، ولو أن كل أولئك يعتبر في عقد البيع تسليما للمبيع مبرئا لالتزام البائع . وهذا الوجوب ظاهر من عبارة المادة ٧١/٤٩ من التقنين القديم ومستفاد من نص المادة ٢/٤٨٨ من التقنين الجديد وذلك رغم نص المادة ٢/٩٥٤ التي وردت في الحيازة =

٤٤ - المنقولات التي ترد عليها الهبة اليدوية :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ مدني تنص علي أن : « ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلي ورقة رسمية » ، وقد جاء لفظ المنقول عاما ، ولم يخص بنوع من المنقولات . ولما كانت المادة ٨٣ مدني تنص علي أن : « ١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع علي عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوي تتعلق بحق عيني علي عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » ، ومن ثم فإنه يخضع لهبة المنقول كل ما عدا « الحقوق العينية التي تقع علي عقار و « كل دعوي تتعلق بحق عيني علي عقار » (١) .

= وقررت ، تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها ، في اعتبار المسلم إليه تلك السندات حائزا لهذه البضائع حيازة مكسبة للملكية تطبيقا لنص المادة ٩٧٦/١ إذا كان المتصرف غير مالك . كما أنه لا تتم الهبة إذا استمر الواهب حائزا للمنقول مع تغير صفته بأن صار مستأجرا أو مستعيرا وذلك رغم نص المادة ٩٥٣ علي جواز ، أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أما إذا استمر للخلف واضعا يده لحساب نفسه كما جاء في نفس المادة ، بأن كان الموهوب له وديعا أو مستأجرا للمنقول الموهوب ، فإن الهبة اليدوية تعتبر تامة إذا توفر للموهوب له حيازة المنقول الموهوب (محمود جمال الدين زكي ص ١٠٦ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ١٠٤) .

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٠٨ .

وبذلك ترد الهبة اليدوية علي الحقوق المادية والحقوق المعنوية . عدا ما يستثنى كما سئري . فيصح أن ترد الهبة علي الدين - وهي منقولات معنوية - بتحويل الدائن دينه لآخر وفقا للإجراءات المقررة في حوالة الحق ، علي سبيل التبصر ، ثم يتسلم الموهوب له سند الدين ، وهذا هو القبض (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

ومتي انتهى الحكم إلي أن الهبة قد انصبت صحيحة علي الدين الذي حلت فيه ابنة المورث القاصرة محل وزارة الأوقاف ، فإن ملكية هذا الدين تكون قد خلصت لها في الحال بمقتضى عقد الهبة فتتملك قيمته إذا أوفى به المدين ، وتلك مقابله إذا تم الوفاء بمقابل ، وتستطيع التنفيذ بموجبه علي أموال المدين استيفاء لقيمته فإن رسا مزاو بعض هذه الأموال عليها وخصم ثمنها من هذا الدين ، تملك هذه الأموال بطريق الشراء باعتبار أن الثمن قد دفع من مالها .

(طعن رقم ٣٩٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠)

كما ترد الهبة علي السندات لحاملها أو تحت الأمر أو الاسمية . ويتم القبض باستلام الموهوب له السندات لحاملها . وبالتظهير مع تسليم السندات تحت الإذن . وينقل السند إلي اسمه طبقا للإجراءات المقررة مع تسليم السند في السندات الإذنية (٢) .

(١) السنهورى ص ٦٥ - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ١٠٦ .

(٢) السنهورى ص ٦٤ - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ١٠٦ ، محمود جمال الدين زكى ص ١٠٨ ويستثنيان من هذه القاعدة الدين والالتزامات -

أما الملكية الفنية والأدبية والصناعية ، كحقوق الفنان والمؤلف والعلامات التجارية وبراءات الاختراع ، فلا ترد عليها الهبة اليدوية التي تتم بالقبض ، لأنه ينظمها قانون خاص هو القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية .

وقد نصت المادة ٨٦ مدني علي ذلك بقولها : « الحقوق التي ترد علي شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » ، فالرضا الضمني لا يكفي - كقاعدة عامة - لنقل هذه الحقوق إلي ذمة المتصرف إليه ، بل لا بد لذلك من إجراء آخر ، إما لحصول ذلك الانتقال وإما لتساممه بتنفاذه في حق الغير ^(١) .

= المحررة بمقتضى سندات لحاملها تأسيسا على أن تسليم هذه السندات إلى الموهوب له يكفي إذ الحق فيها يندمج في المحرر ويعتبر الحائز للسند دائما ، وقد أحقها اللقنين الجديد بالمنقولات المادية أخذا بالفقه الحديث والمقصود بذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدني من أن من حاز بسبب صحيح منقولاً أوحقا عينيا على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

(١) ويذهب رأى إلى أن لفظ (المنقول) لا يقصد به سوى المنقولات المادية ، كما يظهر من صياغة المادة ٩٧٦/١ مدني التي تقرر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذ أتبع لفظ (منقول) بعبارتي « حق عيني على منقول » أو « سند لحامله » فأوضح بذلك المشرع قصده في قصر الأول « على ملكية المنقولات المادية » ولم يصرفه عن هذا التخصيص ما هو مسلم به في الفقه الحديث من تشبيه السندات لحاملها بهذه المنقولات . يؤكد هذا النظر المادة ٨٦ التي تنص على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » فدل بهذا على أنه لا يجري على المنقولات المعنوية ما وضعه في اللقنين للأموال المادية (محمود جمال الدين زكي من ١١١) .

غير أن هذا لا يحول دون أن ترد الهبة علي نتائج هذه الملكية ، فيجوز أن ترد الهبة علي لوحة لرسام أو كتاب لمؤلف .

والمحل التجاري باعتباره مجموعة أموال لا يجوز أن يكون موضوعا للهبة اليدوية . فهو يخضع لتنظيم خاص وارد بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من هذا القانون علي أن كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا . ونصت الفقرة الثالثة من المادة علي أن يشهر تصرف المتجر وتأجير استغلاله بالقيد في السجل التجاري .

أما البضائع وهي أحد عناصر المحل التجاري فيجوز أن تكون محلا للهبة اليدوية .

كذلك يستثنى من المنقولات المادية ، ما لا تنتقل ملكيته بالتراضي كالسفن البحرية التي أوجب القانون في شأنها عقدا رسميا .

تطبيقات قضائية للهبة اليدوية

٤٥ - (١) - إعانة وزارة المعارف :

قضت بعض المحاكم بأن الإعانات التي تمنحها وزارة المعارف العمومية لبعض المدارس الأهلية الخاضعة لتفتيشها لا تصبح حقاً للمدرسة إلا بالقبض ، فلا يجوز الحجز عليها تحت يد وزارة المعارف ، لأنها ليست ديناً بذمتها (١) .

٤٦ - (٢) - هبة الجهاز :

إذا تبرع الأب وجهاز ابنته الكبيرة من ماله ، فإن سلمها الجهاز في حال صحته ملكته بالقبض ، وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه ، وإن لم يسلم إليها فلا حق لها فيه ، ولو سلمه إليها في مرض موته سرت عليه أحكام الوصية .

أما إذا كان تبرع الأب بالجهاز لابنته القاصرة، فلما كان للأب الولاية

(١) الموسى الجزئية ٢٣ أبريل ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٣٤ ص ٦٨٧ - ويلاحظ أن القرار الوزاري رقم ٢٣٣٦ جعل في المادة الثانية منه لوزارة المعارف العمومية وحدها الحق في اعتياد أية مدرسة في عداد المدارس التي يجوز منحها إعانة وفق أحكام هذه اللائحة ، وأتى في المادة الثالثة بشروط منح الإعانة ، وهي خاصة بنظام المدرسة وحالتها المالية واختيار المعلمين ، وجاء في المادة الرابعة عشرة بفقرة تنص على أن منح الإعانة في سنة ما لا يحتم على الوزارة الاستمرار في منحها كلها أو بعضها في السنوات التالية . ومن ذلك يؤخذ أن الإعانات لا تصبح حقاً إلا بالقبض ، سادمت الوزارة حرة إلى ما قبل ذلك في منحها أو منعها (كامل مرسى ص ١٠٨ وما بعدها) .

علي ابتنته القاصرة فإن يده تكون قائمة مقام يدها ، فبمجرد الشراء علي ذمتها انتقل الملك لها ^(١) .

ولذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- « الأصل أن الصغير يملك المال الذي يهبه إياه وصية أو مريية ، أي من هو في حجره وتربيته ، بمجرد الإيجاب ، ولا يحتاج للقبض ، وعليه لو وهب الأب لطفله شيئاً في يده أو عند مستودعه أو مستعيره تتم الهبة بمجرد قوله : وهبت ، ولا حاجة للقبول لتتمام الهبة ، لأن المال لما كان في قبض الأب ناب مناب قبض الصغير . فإذا اعتبر الحكم بناء علي أسباب مسوغة أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوي لولديه القاصرين ، هو إقرار من جانبه يشمل إيجاباً بالهبة من مال في قبضه ، وبه تتم الهبة للقاصرين بغير حاجة إلي قبول من وصي يقام عليها ليتسلم السند - فإنه لا يكون قد أخطأ » .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣)

٢- « إن خطأ الحكم في تقريره أن الهبة تمت بتحرير السند وتسليمه في حين أنه اعتبر تحرير السند إيجاباً للهبة للقاصرين ، وهذا الإيجاب وحده كاف لإتمامها دون حاجة إلي إجراء آخر - ذلك لا يقدر في صحته مادام أنه قضي باعتبار السند هبة تامة » .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣)

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٠ .

٤٧ - الإثبات في هبة المنقول بالقبض :

لم يستثن المشرع هبة المنقول إذا تمت بالقبض إلا من الرسمية ، ومعني هذا خضوعها - فيما عدا ذلك - للقواعد الموضوعية الخاصة بعقد الهبة وللمبادئ العامة في إثبات الالتزام .

وعلي ذلك يجب إثبات الهبة فيما بين المتعاقدين بالكتابة إذا جاوزت قيمة الموهوب خمسمائة جنيه ، مالم يوجد مانع من الحصول علي الكتابة . فإذا كان مدعي الهبة غير حائز للمنقول ، فإنه يتعين عليه إثبات عقد الهبة وفق هذه القواعد ، ثم يثبت أنه قبض المنقول ثم فقد حيازته . ويجوز إثبات واقعة القبض بكافة طرق الإثبات القانونية باعتبارها واقعة مادية .

إما إذا كان مدعي الهبة حائزا للمنقول وهذا ما يحدث غالبا عند موت الواهب حيث يقوم النزاع بين الموهوب له وورثة الواهب فإن الحيازة تكون قرينة علي الملكية عملا بالمادة ٦٩٤ مدني التي تنص علي أن : « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه ، حتي يقوم الدليل علي العكس » . وعلي ذلك فإن من ينكر حصول الهبة التزم عبء الإثبات .

غير أنه يشترط لتكون الحيازة قرينة علي الملكية ألا تكون معيبة بعيب من عيوب الحيازة كعيب الغموض والخفاء ، ومن القرائن علي غموض الحيازة أن يكون الحائز خليطا للواهب مساكنا إياه عند موته - إذا كان المتصرف قد توفي فإذا وجد المنقول في حيازته شاب . الحيازة غموض إذ المنقول لم يخرج من منزل المورث وقد يكون الحائز قد استولي

عليه خلسة أو بغير إرادته . ومن القرائن علي خفاء الحيازة أن يخفي الحائز السندات التي يدعي أنها وهبت له ، فلا يقبض كويوناتها إلا بعد مدة طويلة من موت صاحبها فيؤخذ ذلك منه قرينة علي أنه يتستر في حيازته للسندات حتي لا يفتضح أمره عقب موت المورث ^(١) .

استثناء نوعين من الهبة من وجوب

الشكلية أو العينية في الهبة

يستثنى من وجوب الشكلية في الهبة ، أي من وجوب أن تتم بورقة رسمية ، أو من وجوب العينية في هبة المنقول أي من وجوب أن تتم هبة المنقول بالقبض نوعان من الهبة هما :

النوع الأول : الهبة المستترة .

النوع الثاني : الهبة غير المباشرة .

ونعرض لهذين النوعين من الهبة علي التوالي .

النوع الأول : الهبة المستترة

٤٨ - المقصود بالهبة المستترة :

الهبة المستترة هي الهبة التي تتم تحت ستار عقد من عقود المعاوضة علي سبيل الصورية ، فهي هبة مباشرة إذ فيها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصي .

(١) السهوري ص ٦٦ وما بعدها .

ويقابل الهبة المستترة الهبة المكشوفة أو الصريحة أي التي لا تلحقها صورة مطلق ولا نسبية ، والهبة المكشوفة هي التي تخضع للشكل باستيفاء الرسمية ، أو القبض في هبة المنقول .

وقد أعفيت الهبة المستترة من الشكل بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ مدني التي تجري على أن : « تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

وكان هذا الحكم منصوصا عليه في القانون المدني القديم إذ نصت المادة ٧٠ / ٤٨ على أن : « تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة منقولة كانت أو ثابتة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له . إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي وإلا كانت الهبة لا غية » - وقد اقتبس القانون المصري صحة الهبة المستترة من القضاء الفرنسي (١) .

(١) وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني في المادة ٦٦٠ منه لا ينص على صحة الهبة المستترة في العقار بل يشير إليها ليخضعها فقط لقواعد الصورية من حيث مرقف الغير منها وجواز تمسكه بالعقد الظاهر وتقلب من يتمسك من الغير بالعقد الظاهر على من يتمسك منهم بالعقد المستتر . إذ كانت الفقرة الثانية منها تنص على أن : « على أنه إذا تمت الهبة تحت ستار عقد آخر ، جاز للغير حسن اللية أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الظاهر ، وفقا لما تقتضيه مصلحته ، فإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » ، إلا أنه قد عدل في لجنة المراجعة كل ما استحدثه المشروع من أحكام الشكل في الهبة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٤٨ وما بعدها) .

والحكمة من الاستثناء من الرسمية والعينية في الهبة المستترة ، أن في اتخاذ الهبة المستترة الشكل السابق ما يدل على أن الواهب ليس بحاجة إلي الحماية التي يريد القانون أن يحققها له عن طريق الرسمية أو العينية .

فإقدام الواهب علي إلباس هبته لباس المعاوضة بدقة وإحكام دليل قاطع علي أنه يدرك عاقبة تصرفه ومداه وهوكل ما يمكن أن تحققه الرسمية له ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

» تجبيز المادة ٤٨٨ من القانون المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وكل ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد للهبة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون ، وإذا كان الحكم قد انتهى في أسبابه إلي أن تصرفات مورث الطاعن - التي اعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانوني بتلاقي الإيجاب والقبول علي مبيع معين لقاء ثمن مقدر ، وكان ذكر الباعث

(١) أكرم الخولي ص ١٢٤ - ويذهب إلي أن بعض الكتاب قد حملوا على قاعدة صحة الهبة المستترة لأنها تتطوى على مكافأة الكذب والتضليل بل والبراعة فيهما فقط ولكنه يرى أنه لا محل لهذا النقد إذا سلمنا بأن أساس صحة هذه الهبات رغم انعدام الشكل الرسمي هو أن إقراغ الهبة في قالب المعاوضة شكل تصح به الهبة لدلالته على نضوج إرادة الواهب وتحيصه للأمر . وهذا هو الأساس الذي ترد إليه نصوص القانون المصري لاسيما وأن الشكلية في القانون المصري لا تهدف إلا إلي حماية الواهب لا إلي حماية ورثته احتفاظا بالأموال داخل العائلة .

الدافع للهبية في العقد الساتر لها يتنافى مع سترها وكان الطاعن لم يقدم - علي ما سجله ذلك الحكم - الدليل علي ما ادعاه من عدم مشروعية السبب في هذه التصرفات ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧)

(أنظر أيضاً البند التالي) .

٤٩ - أمثلة للهبية المستترة :

١- الهبة المستترة في صورة عقد بيع .

وهذا هو المثل الغالب في الهبة المستترة .

(أنظر بند ٥٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا ظهر من نصوص عقد البيع المسجل تسجيلاً تاماً ومن ملاحظات أنه عقد تمليك قطعي منجز وأن الملكية قد انتقلت بموجبه فوراً إلي المشتري فاتفاق البائع والمشتري علي بقاء العين تحت يد البائع بعد البيع ليتنفع بها طول حياته دون المشتري لا يمنع من انتقال ملكية الرقبة فوراً . ووصف هذا العقد بأنه وصية يكون خطأ بل إذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوي أن المشتري وهو حفيد البائع ، لم يكن في حالة تمكنه من دفع الثمن المبين في العقد وأن هذا الثمن لم يذكر إلا بصفة صورية . كان العقد في الحقيقة عقد تبرع منجز أي هبة مستترة في صورة عقد بيع ، والهبة الموصوفة بصفة عقد آخر صحيحة طبقاً لنص المادة ٤٨٨ من القانون المدني ولو لم تكن بعقد رسمي » .

(طعن رقم ٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

٢- « إذا كانت هبة المنقول مستترة في صورة عقد بيع فإنه يكفي لانعقادها وانتقال ملكية المنقول الموهوب مجرد تلاقي الإيجاب والقبول في صورة عقد البيع الذي اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجة إلي تسليم الشيء الموهوب ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف . وإذن فمتي كان الحكم إذ قضي برفض الدعوي التي أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان عقد بيع المنقولات الصادر إلي المطعون عليها الثانية علي أساس أن العقد في حقيقته وصية قد أقام قضاءه علي أن المتصرف هو هبة مستترة في صورة عقد بيع فإن تحدث الحكم عن توافر ركن القبض فيها يكون تزيده لا يضره الخطأ فيه » .

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٢- الهبة المستترة في صورة قرض لا يرد فيه المقترض مبلغ الدين أو لم يكن قد قبضه (١) .

٣- عقد ترتيب إيراد مدي الحياة ، لا يكون المدين فيه قد تسلم رأس المال المبين في العقد أو أن يكون الإيراد المشروط فيه أقل من الفائدة القانونية لرأس المال .

٤- الشركة التي يعطي فيها الشريك أسهما دون أن يدفع حصة في رأس المال :

٥- عقد التخارج ، الذي ينص فيه علي دفع عوض ، دون أن يثبت أداء هذا العوض .

(١) استئناف مصر ٢٧ ديسمبر ١٩٣٢ مشار إليه في محمود جمال زكي ص ٩٦ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته في حكمها من القرائن التي استنبطتها من الوقائع الثابتة في الدعوي أن عقد التخارج الصادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخارج كان بمقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن في حقيقته إلهية لم يقبض عنها أي عوض ، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الاحفاد بوفاء ذلك العوض إلي عمهم الذي لم يكن له شأن في هذا العقد ، فذلك مما يدخل في حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها إياه من الواقع سائغا . إذ قاضي الدعوي من حقه أن يؤول المشاركات بما يكون متفقاً مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بألفاظها وعباراتها . وإذن فقد كان للمحكمة ، وقد تبينت أن التصرف لم يكن إلهية أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بطروف الدعوي وملابساتها وبما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابي » .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/١/١٥)

٦- الإقرار بالدين بسند عرفي . فالواهب يقر بدين عليه للموهوب له ، وهو غير مدين له في الحقيقة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« إذا كان المسلم به من الخصوم أن السند موضوع الدعوي الصادر من والد إلي ولده إنما يستر تبرعا ، ولم يكن الخلاق إلا علي وصف التبرع فيه هل هو منجز فيكون هبة نافذة أم مضاف إلي ما بعد الموت

فيكون وصية لوارث موقوفاً نفاذاً علي إجازة بقية الورثة ، ثم قالت المحكمة بأنه وصية لإضافة القبض فيه إلي أجل في حين أن المقرر كان له وقت الإقرار مبلغ من المال في أحد المصارف يسمح له بتنجيز التبريع منه وأن المتبرع له كان معوزاً ، ثم لاشتراط عدم جواز حوالة السند وسكوت المتبرع له عن المطالبة به حتي توفي والده . فهذا التكييف غير صحيح ، لأن هذا التصرف إنما هو عقد هبة في صورة إقرار بدين مستكمل لجميع الشروط فهو صحيح نافذ .»

(طعن رقم ٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣)

٧ - عقود المحاباة . بأن يبيع شخص عيناً لآخرين بثمن بخس حاباه فيه بقصد التبريع ، فإنه يكون قد وهب له الفرق بين ثمن المثل والثلث المدفوع .

(أنظر بند ٥٣) .

٥٠ - عدم الإفصاح أو الإشارة إلي الهبة بالعقد السائر للهبة .

يجب لتحقيق الهبة المستترة ، وجود عقد سائر للهبة ومقتضي ذلك أن يتجنب الطرفان الإفصاح أو الإشارة إلي الهبة التي يعملان علي إخفائها ، وإلا كانت الهبة مكشوفة فيقضي بطلانها لتخلف الرسمية . ذلك أن الجهد الذي يبذله الواهب في ستر هبته في صورة عقد آخر كفيل بأن ينبهه إلي ما هو مقدم عليه من تصرف ، ويدل في الوقت ذاته علي تصميمه علي المضي في التصرف . وهذا يحل محل الشكلية أو العينية في حماية إرادة الواهب .

فإذا خلا العقد السائر للهبية من الإفصاح أو الإشارة عن الهبة، فلا يضير أن تكون هناك ورقة ضد مع الواهب تكشف عن حقيقة نيته.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- « لاعبرة بعدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متى كان الثمن مسمي فيه فإن البيع يقتضي إطلاقاً التزام المشتري بدفع الثمن المسمي. ولكن إذا كان الثمن لم يذكر في العقد ، أو ذكر مع إبراء المتصرف له منه أو وهبه إليه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً للهبية . لأن القانون وإن أجاز في المادة ٤٨٨ مدني أن يكون العقد المشتمل علي الهبة موصوفاً بعقد آخر إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشرائط اللازمة لصحته » .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٩)

٢- « إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوصاً فيه علي أن البائع تبرع لولده المشتري بهذا الثمن وعلي أن المشتري التزم بتجهيز أختيه وبالإتفاق عليهما وعلي أمه بعد وفاة أبيه، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تكييفه . فإن مجرد النص علي أن الوالد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الإتفاق عليهما وعلي والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلاً للهبية ولا يخرج عقدها عن طبيعته » .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢)

٣- « إذا كانت هبة المنقول مستترة في صورة عقد بيع فإنه يكفي لانعقادها وانتقال ملكية المنقول مجرد تلاقي الإيجاب والقبول في صورة عقد البيع الذي اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجة إلى تسليم الشيء الموهوب ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف . وإذا فمتي كان الحكم إذ قضي برفض الدعوي التي أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان عقد بيع المنقولات الصادر إلى المطعون عليها الثانية علي أساس أن العقد في حقيقته وصية قد أقام قضاءه علي أن التصرف هو هبة مستترة في صورة عقد بيع فإن تحدث الحكم عن توافر ركن القبض فيها يكون تزيده لا يضره الخطأ فيه . »

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٤- « إن دفع الزوج ثمن العقار من ماله كما قد يكون بنية الهبة لزوجته يصح أن يكون مجردا من هذه النية كأن يكون الغرض منه استعارة اسم الزوجة في الشراء ، فإذا استخلصت المحكمة انعدام الهبة مما حواه إقرار موقع عليه من زوجين يفيد دفع الزوج ثمن المبيع الذي اشترته زوجته وأنه إنما استعار اسمها في العقد بقصد حرمان ورثته إن مات قبلها ومن كون ورثة الزوجة لم يحركوا ساكنا إذا العقد محل الدعوي بعد وفاتها وطوال حياة الزوج زهاء سبع سنوات حتي توفي الزوج ، فهذا استخلاص سائق تملكه المحكمة بما لها من سلطة تقدير الواقع . »

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠)

٥- « استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون القديم علي أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح

بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع وأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من نصوص هذا العقد وملابساته أنه تعليق قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه علي عدم نقل تكليف العين المبيعة إلي المشتري وعلي بقائها تحت يد البائع للاتفاح بها طول حياته ليس يمنع من انتقال ملكية الرقة فوراً .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/٥)

٦- « تبرع البائع لأبنائه القصر بالثمن في العقد والتزامه بعدم الرجوع في تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة ساقرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمي الذي يتطلبه نص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من القانون المدني ، ولا يعتبر هذا التصرف بيعاً إذا لم يستهدف العقد أحد أركان البيع وهو الثمن ، ولا يصلح العقد وهو علي هذا الحال أن يكون ساتراً للهبة وفقاً لما تميزه الفقرة الثانية من المادة أنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذي يسترها مستوفي الأركان والشرائط القانونية .

(طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

(راجع أيضاً نقض طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة

١٩٦٩/٤/١٧ منشور بئد ٤٨)

٥١ - وجوب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفياً لشروط انعقاده في الظاهر :

يجب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفياً لشروط انعقاده من حيث الظاهر فإذا كان العقد بيعاً فيجب أن يتضمن مبيعاً وثماناً ، والثمن وإن كان سوريا لا حقيقة له إنما يذكر لستر الهبة .

والغالب في العمل - كما قررنا سلفا - بأن تستر الهبة بأقرب العقود إليها وهو البيع ، بأن يبرم الطرفان بيعا سوريا ويعطي البائع مخالصة بالثمن أو بجزء منه إلي المشتري الذي لم يدفع شيئا ، أو يتفقان في ورقة الضد علي أن الثمن صوري وعلي أن المشتري السوري لا يلتزم بدفعه .

أما إذا لم يذكر الثمن بالعقد ، أو ذكر في العقد مع إبراء المتصرف إليه منه أو وهب له ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساترا للهبة ، ويكون العقد هبة سافرة وقد أشرنا سلفا إلي أن وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة التصرف ، لا ينفي عن العقد كونه ساترا للهبة .

غير أنه يجب التفرقة في حالة ذكر الثمن بالعقد بين فرضين :

الأول : أن يكون الثمن الوارد بالعقد تافها ، والثمن التافه ، هو الذي يكون فيه عدم التناسب بين الثمن وقيمة المبيع فاحشا ، أو لم يكن هناك تناسب علي الإطلاق ، كأن يباع عقار قيمته عشرة آلاف جنيه بمائتي جنيه . فإن الهبة لا تكون مستترة بل سافرة .

الثاني : أن يكون الثمن الوارد بالعقد بخسا ، والثمن البخس هو الذي يقل عن ثمن مثل الشيء المبيع أو يقل عنه كثيرا ، كأن يباع العقار في المثل السابق بأربعة آلاف جنيه . فهذا الثمن البخس إما أن يكون سوريا فتصح الهبة لأنها استتريت بالبيع بعد أن استوفي شروطه في الظاهر بذكر الثمن . وإما أن يكون الثمن البخس جديا ، فينظر إذا كان البائع قصد البيع وإنما تحمل الغبن مضطرا ، فإن العقد يكون بيعا صحيحا لأن الثمن البخس لا يبطل البيع . وإذا كان البائع قصد أن

يحايي المشتري بالفرق بين ثمن المثل والتمن البخس ، فالعقد في مقدار المحاباة هبة مستترة ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) - تجيز المادة ٤٨٨ من القانون المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وعلي ما يشترطه القانون لصحة الهبة المستترة أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا الشروط المقررة له في القانون ، وإذا كان الحكم قد انتهى في أسبابه إلي أن تصرفات مورث الطاعن - التي اعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانوني بتلاقي الإيجاب والقبول علي مبيع معين لقاء ثمن مقدر ، وكان ذكر الباعث الدافع للهبة في العقد الساتر لها يتنافي مع سترها ، وكان الطاعن لم يقدم - علي ما سجله ذلك الحكم - الدليل علي ما ادعاه من عدم مشروعية السبب في هذه التصرفات ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله يكون علي غير أساس» .

(ب) - « تبرع البائع لأبنائه القصر بالتمن في العقد والتزامه بعدم الرجوع في تبرعه يفصح عن أن التصرف هبة سافرة وقعت باطلة لتخلف الشكل الرسمي الذي يتطلبه نص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من القانون المدني ، ولا يعتبر هذا التصرف بيعا إذا لم يستهدف العقد أحد

(١) السنهاوى ص ٩١ وما بعدها - وقارن رأيا يذهب إلي أن الهبة هنا تكون هبة غير مباشرة بند (٥٣) .

أركان البيع وهو الثمن ، ولا يصلح العقد وهو علي هذا الحال أن يكون ساتراً للهبة وفقاً لما تجبزه الفقرة الثانية من المادة أنفة الذكر لأن مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الذي يسترها مستوفي الأركان والشرائط القانونية .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٧)

٢- « إذ كان إقرار الموهوب له في تحقيقات الشكوي الإدارية ، بأن المبلغ الثابت بسند الدين في حقيقته تبرع ، لا يجعل الهبة مكشوفة مادامت عبارات السند بذاتها لا تكشف عن الهبة ، وكان لا يؤثر في صحة الهبة خطأ الحكم في تكييف العقد الساتر بأنه وديعة لاعارية استهلاك ، لأن القانون لا يشترط أن يتم أي من هذين العقدين في شكل معين ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه يكون علي غير أساس » .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٧)

٣- (أ) - تجيز المادة ٤٨٨ من التقنين المدني حصول الهبة تحت ستار عقد آخر ، وهي تخضع في شكلها للقواعد الخاصة بالعقد الذي يسترها ، والهبة المستترة في صورة عقد بيع تصح متي كان العقد جامعاً في الظاهر لأركان البيع اللازمة لاتعقاده ، أي مذكوراً فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده ، وتحقق ذلك لا يغير منه - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - وجود ورقة أو اكتشاف دليل بأي سبيل يكشف عن حقيقة اتجاه نية المتصرف إلي التبرع طالما توافر الشكل الظاهري » .

(ب) - إذ كان الواقع في الدعوي أن العقد استوفي ظاهرياً الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع و ثمن ، وأنه صدر من الطاعن بصفته

الشخصية إلي نفسه بصفته ولياً شرعياً علي أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قسراً ، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في قبول الهبة ، ولو كان هو الواهب ، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه ، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة .»

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

(راجع أيضا نقض طعن ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢)

- طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٥ المنشورين
بالبند السابق)

٤- « المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الهبة المستترة في صورة عقد بيع تصح متى كان العقد جامعا في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده ، ومن ذلك أن يكون مذكورا به الثمن بطريقة غير نافية لوجوده ، ولو ثبت بأدلة أخرى أن حقيقة نية المتصرف هي التبرع .»

(طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥)

وإذا استخلصت المحكمة من نصوص العقد وملايساته أنه تمليك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه علي عدم نقل تكليف العين المبيعة إلي المشتري وعلي بقائها تحت يد البائع للارتفاع بها طول حياته ليس مانع من انتقال ملكية الرقبة فوراً .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« استقر قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم علي

أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع وأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع من نصوص هذا العقد وملابساته أنه تملك قطعي منجز فإن اتفاق الطرفين فيه علي عدم نقل تكليف العين المباعة إلي المشتري وعلي بقائها تحت يد البائع للانتفاع بها طول حياته ليس بمنع من انتقال ملكية الرقبة فورا .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/١/٥)

كما قضت محكمة النقض بأن تنجز التصرف لا يتعارض مع حياة البائع للمبيع واحتفاظه بحق البيع مدي حياته ، وأن وضع يد المشتري علي العين المباعة يصح اعتباره قرينة علي إنجاز التصرف إلا أنه ليس شرطا لازما فيه .

إذ قضت بأن :

١- « استقر قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم علي أنه إذا كان الثمن لم يذكر في عقد البيع إلا بصفة صورية ، فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة في صورة عقد بيع ، وأنه لا يتعارض مع تنجز التصرف أن يظل البائع واضعا اليد علي ما باعه أو أن يحتفظ لنفسه مدي الحياة بحق الانتفاع .»

(طعن رقم ٤١١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢/٦/٢١)

٢- « ولئن كان وضع يد المشتري علي العين المباعة يصح اعتباره قرينة علي إنجاز التصرف إلا أنه ليس شرطا لازما فيه ، إذ قد يكون

التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المباعة بسبب من الأسباب التي لاتنافي إنجاز التصرف .

(طعن رقم ٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٦)

٥٢ - إثبات الهبة المستترة :

الهبة المستترة في الواقع عقد صوري كما رأينا . ومن ثم فإن إثباتها يكون طبقا للقواعد العامة في إثبات الصورية .

وهذه القواعد تفرق بين العاقدین والغیر .

فبالنسبة للعاقدين إذا ادعى المتصرف أن البيع الصادر منه إلي المشتري ليس إلهبة مستترة ، وأنه يريد الرجوع في الهبة ، فإن إثبات الهبة وهي العقد الحقيقي يكون بالكتابة إذا زادت قيمة المال الموهوب علي خمسمائة جنيه أو كان العقد الساتر ثابتا بالكتابة ، وذلك ما لم يوجد مانع من موانع الحصول علي دليل كتابي .

ويكون وسيلة ذلك هي ورقة الضد الذي يحصل عليها أحد المتعاقدين وقت تحرير العقد .

أما بالنسبة للغیر ، كالدائن إذا طعن في الهبة المستترة بالدعوي الصورية ، فيجوز له أن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن أن العقد الظاهر يخفي في الحقيقة هبة (١) .

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٠١ - أكلم الخولى ص ١٣١ .

النوع الثاني: الهبة غير المباشرة

٥٣ - تعريف الهبة غير المباشرة :

الهبة غير المباشرة هي الهبة التي يكسب فيها الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل علي سبيل التبرع عن طريق الوهاب ، دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة عن الوهاب ، أي تنشأ الهبة غير المباشرة عن أي عقد غير عقد الهبة ، من غير أن يكون التبرع الذي يحويه خافيا^(١) .

(١) السنهزرى ص ٧٩ وما بعدها - ويعرفها الدكتور محمود جمال الدين زكى ص ١٣٥ بأنها كل تصرف جدى يؤدى- دون اللجوء إلى الأشكال العامة للهبات - إلى نقل حق مالى من ذمة إلى أخرى مجانا بإرادة الطرفين ، فهذه الهبة يدخل فيها كل الهبات المعفاة من الرسمية .
وهذا التعريف يتفق والتعريف الوارد بالمتن .

وينادى الدكتور أكثم الخولى ص ١٣٦ وما بعدها بمعيار آخر للهبة غير المباشرة هو ردها إلى فكرة التصرف غير المتصف أو المحايد وهو التصرف الذى يعتبر صحيحا فى ذاته ويغض النظر عن سببه أو هو تصرف لاينم عن سببه إذ يقوم على أداة فنية لإنشاء أو نقل أو إنهاء الحقوق يمكن أن تستخدم لتحقيق مختلف الأغراض فهو يصلح لتحقيق المعاوضة كما يصلح لتحقيق التبرع ولايؤدى فحصه فى ذاته إلى الوقوف على الغرض الذى سخره من أجله الطرفان لأنه غير متصف بوصف المعاوضة أو التبرع .
وإذا كان التصرف غير المتصف هو أساس صحة الهبة غير المباشرة . فإن التصرف المجرد بمعناه الدقيق يمكن أن يحقق هبة مباشرة من باب أولى ولاخلاف فى ذلك .

ويميز الهبات غير المباشرة عن الهبات المستترة وجود الصورية في الهبات المستترة أما في الهبات غير المباشرة فتظهر نية التبرع ورغبة المتصرف في الهبة .

٥٤- أمثلة للهبات غير المباشرة :

١- التنازل أو الترك لمصلحة آخر :

تقع الهبات غير المباشرة غالبا في صورة التنازل أو الترك لمصلحة شخص آخر . كما إذا أعطي دائن مدينه مخالصة بدين مستحق عليه . وكما إذا تنازل شخص عن حقه في وصية أو ميراث .

وكما إذا تنازل شخص عن حق الانتفاع أو السكني أو الاستعمال إلي مالك الرقبة ، أو تنازل صاحب حق الارتفاق عن هذا الحق إلي المالك .

أما إذا كان التنازل عن حق الانتفاع لغير مالك الرقبة ، فإنه يكون هبة مباشرة تستلزم الرسمية ^(١) .

وتفسير ذلك أن التنازل بمعناه الدقيق هو إسقاط الحق أو التخلي عنه بإرادة صاحبه ويسميه البعض بالتنازل القائم علي التخلي عن الحق أو المسقط . وللتنازل بهذا المعني مميّزان أساسيان : هو أولا تصرف قانوني من جانب واحد هو صاحب الحق . وهو ثانيا تصرف مسقط يقتصر علي إسقاط الحق عن صاحبه ولا شأن له بمن سيؤول إليه هذا

(١) السهوري ص ٨٠ هامش (٢) - أكتف الخولي ص ١٤٣ وما بعدها - عكس ذلك محمود جمال زكي ص ١٢٤ .

الحق بل يتكفل القانون بتعيين من يؤول إليه الحق بعد التنازل .
والتنازل بهذا المعنى تصرف مسقط غير متصف لا ينم بذاته عن غايته ،
ولا عن الشخص الذي تم لصالحه . وهو في الأصل تصرف بات لا رجعة
فيه . وبذلك يتصور أن يكون هبة غير مباشرة إذا تم بقصد التبرع لمن
يؤول إليه الحق بنص القانون .

أما إذا فقد التنازل أحد مميزيه السابقين فإنه يصبح تنازلا ، ناقلا
ويكون هبة مباشرة خاضعة للرسمية إذا دفع إليه قصد التبرع . فإذا تم
التخلي عن الحق باتفاق بين من يسقط حقه ومن يؤول إليه الحق فإننا لا
تكون بصدد هبة غير مباشرة ولا يكون لفظ التنازل الذي استعمله
الطرفان إلا تعبيرا خاطئا عن نقل الحق بدون مقابل .

ولا يختلف الحكم إذا كان التنازل تصرف من جانب من يسقط حقه
ولكنه تضمن تعيين المستفيد الذي يؤول إليه الحق إذ يفقد التصرف
بذلك طابعه المسقط للشخص للتنازل ولا يكون إلا نقلا للحق ، لأن
مجرد التعيين يترجم عن قصد نقل الحق لا إسقاطه ولو كان المستفيد هو
من يعينه القانون (١) .

أما التنازل عن حق الملكية ذاته فلا يتصور أن يكون هبة غير
مباشرة لأن المستفيد من هذا التنازل غير معين أصلا ولا بنص القانون
مادام التنازل عن ملكية الشيء يجعله مالا مباحا يملكه من يستولي
عليه (٢) .

(١) أكتف الخولى ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢) أكتف الخولى ص ١٤٣ هامش (٢) .

٢- الإبراء من الدين :

الإبراء هو ترك الدائن حقه دون مقابل . وهو تصرف من جانب الدائن وحده يتم متى وصل إلي علم المدين ويرتد برده (م ٣٧١ مدني)^(١) .

ويعتبر الإبراء هبة غير مباشرة ، لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين. لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب بل عن طريق نزول الواهب عنه ، كما هي الحال في النزول عن حق عيني.

وتسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع عملاً بالمادة ٣٧٢ مدني التي تجري علي أن : « ١- يسري علي الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري علي كل تبرع .

٢- ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع علي التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفاق عليه المتعاقدان »^(٢) .

وقد يكون الإبراء صراحة أو دلالة ، كحالة تسليم سند الدين للمدين.

وتسليم سند الدين لأحد المدينين المتضامنين معتبر بالنسبة إلي جميعهم .

وإبراء ذمة المدين من الدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنه أيضاً.

(١) تنفي هذه المادة على أن : ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مخفراً ، ويتم

الإبراء متى وصل إلي علم المدين ، ويرتد برده .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ١٢٣ .

وإبراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر مقصوراً على حصته ،
وينقضي الدين بقدرها فقط (٢٨٩ مديني) (١) .

ولابدراً ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنية ومع ذلك إذا سلم المتعهد له
سند الدين للكفيل جاز اعتبار ذلك إبراء لذمة المتعهد نفسه (٢) .

٣- الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع من صور الهبة غير
المباشرة . ومثال ذلك أن يبيع شخص عقاراً إلى آخر ، واشترط عليه أن
يدفع إيراداً مدي الحياة لأحد أقاربه (أقارب البائع) دون أن يتقاضي
مقابلاً من قريبه عن هذا الإيراد ، فالإيراد هنا يعد هبة غير مباشرة
لقريب الواهب .

والتأمين على الحياة من أهم التطبيقات الحالية للاشتراط لمصلحة
الغير . فإذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ، فاستحق أولاده
مبلغ التأمين ، كان هذا التأمين هبة غير مباشرة من المؤمن لأولاده (١) .

(١) تنص هذه المادة على أن : ١ - إذ أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ،
فلا تبرا ذمة الباقيين ، إلا إذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقي المدينين
المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه ، إلا
أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين .

وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء
لصالحه بحصته في الدين .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٤ وما بعدها .

(٣) السنهوري ص ٨١ - أكثم الخولي ص ١٤٥ - جمال زكي ص ١٢٧ ويرى =

وكان المشروع التمهيدي يتضمن نصا هو المادة ٦٦٢ يجري علي أنه : « إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير ، فلا يشترط فيها شكل خاص ، إلا الشكل الذي قد يتطلبه العقد ما بين المشتراط والمتعهد - » وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن حكمه وارد في باب الاشتراطات لمصلحة الغير ^(١) .

٤- حوالة الحق :

تكون حوالة الحق هبة غير مباشرة إذا حول الدائن دينه بغير مقابل لمصلحة الشخص الذي يريد التبرع له .

وكذلك في حالة نقل السندات الاسمية بالتنازل في دفاتر الشركة التي أصدرتها إذا كان المتنازل له لم يدفع قيمة الأسهم ^(٢)

٥- قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل :

يعتبر قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل ، لأن المحيل كسب براءته من الدين ، مع التزام المحال عليه لشخص آخر هو المحال له ، دون أن يلتزم للمحيل وإلا كانت الهبة مباشرة ، وكذلك الحال فيما إذا التزم شخص دون مقابل أن

= الدكتور محمود جمال الدين زكي ص ١٢٧ أنه ليس ثمة ما يمنع أن يكون هذا النوع من التأمين ، في العلاقة بين المتعهد والمستفيد ، معاوضة كما إذا أمن مدين على حياته لمصلحة دائنه حتى يستوثق من وفاء دينه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسي ص ١١٦ .

يوفي دين غيره فهذه هبة غير مباشرة من الملتزم ، لأن هذا قد التزم لا للمدين بل للدائن ، ولو التزم للمدين كانت الهبة مباشرة ^(١) .

٦- عقد الاكتتاب :

الاكتتابات التي تفتح لإنشاء عمل خيري أو لمساعدته ، أو للمنفعة العامة ، هي هبات ، ويجب أن تكون خاضعة للقواعد الخاصة بالشكل . ولكن الحاصل عملا هو أن كثرة عدد المكتتبين وضالة الاكتتابات الفردية تجعل استعمال الشكل الرسمي مستحيلا . فإذا كان الاكتتاب مصحوبا بالدفع في الحال فتوجد هبة يدوية ، ولا حاجة إلي العقد الرسمي . ولكن إذا كان الدفع بعد الاكتتاب فيوجد وعد بالهبة اليدوية ، ومثل هذا الوعد باطل .

ومن رأي الشراح أن الأفضل اعتبار مثل هذا التعهد عقدا خاصا أوجده العرف ، فهو ليس بهبة ، ولكن يمكن بواسطته تحقيق تبرع ^(١) . وقررت محكمة استئناف نانس في ١٧/٣/١٩٢٠ أنه لا توجد هبة ، وإنما يوجد عقد غير مسمي خاضع للقواعد العامة للالتزامات .

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٢٣/٢/٥ الطعن الذي رفع إليها عن هذا الحكم ، مقرر أن الاكتتاب بطبيعته غير خاضع للأوضاع المذكورة بالمادة ٩٣١ . والظاهر أنها تعتبر هبة غير

(١) السهوري ص ٨١ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٧ .

مباشرة . ويجب أن يستنتج مما تقدم أن الاكتتاب غير المصحوب بدفع قيمته يكون ملزماً للمكتتب ^(١) .

٧- التعاقد عن الغير :

ويتم ذلك بأن ينوب شخص عن آخر في عقد معاوضة علي أن يقوم الأول بأداء مقابل ما انتقل إلي ذمة الثاني ، فيكون النائب في الحقيقة واهباً ، ويكون الأصيل موهوباً له ، ولكنها هبة غير مباشرة وسيلتها نظرية النيابة في التعاقد ، ومن أهم التطبيقات لهذه الصورة الشراء باسم الغير ، كما إذا اشترى أب لولده الذي في ولايته عقاراً معيناً وقام هو بدفع الثمن للبائع ، فالولد في هذا المثل تلقى الحق مباشرة من البائع دون أن يقوم بدفع الثمن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « إذا كانت الورقة الصادرة إلي أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محل النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة ، وأن الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلي أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بالأ بتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها مائتا قرش ، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضد تكشف عما أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أن الأولاد ليسوا هم المشتريين في الحقيقة بل

(١) محمد كامل مرسى ص ١١٧ .

المشتري هي الأم ، وأنها قصدت بإخفاء اسمها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بآخر بل يتم الأمران بعقد واحد ، فهذا الذي حصلته المحكمة يسوغه ما ورد في الإقرار . والمحكمة إذ كيفت عقد البيع المذكور بأنه هبة من الأم لأولادها حررت في صورة بيع من البائع إلي الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشتري الواهبة ، وإذ حكمت ببطالان البيع الذي تصرف به الموهوب لهم في الموهوب وبفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف ، لا تكون قد أخطأت بل هي طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً ، فلا يصح الطعن علي الحكم من هذه الناحية .

وما يقال من أن شرط عدم التصرف باطل ، أو أن الفسخ لم ينص عليه جزاء لمخالفته ، مردود بأن اشتراط عدم التصرف قد أقت بحياة الواهبة فهو لا ينافي ترتيب حق الملكية لمن وهبت له ، ومن ثم صح الشرط ونفذ وجاز لمن وضع لمصلحته أن يطلب فسخ الهبة إذا ما أخل به دون حاجة إلي نص صريح علي حق الفسخ . وأما القول بأن إقرار المشتريين سابق علي الشراء والتملك وأنه يخالف عقد البيع في رواية دفع الثمن فلا غناء فيه متي كانت المحكمة قد حصلت فهمها واقع الدعوي من أن الإقرار وعقد الشراء ولو اختلف تاريخهما إنما هما عن واقعة واحدة ، وكذلك القول بأن ورقة الإقرار إذ كان تاريخها ثابت فلا يجوز الاحتجاج بها علي من تصرف له الموهوب لهم بالبيع ، فهو مردود بأن الواهبة قد سجلت صحيفة دعواها بالفسخ قبل أن يسجل المشتري عقد البيع الصادر له وأنها اختصته في الدعوي .

٢- « لما كان التكييف الصحيح لتدخل طرف ثالث في عقد بيع العقار ، وقيامه بدفع كامل الثمن من ماله إلي البائع علي سبيل التبرع مقابل أن تنتقل الملكية من الأخير إلي المشتري مباشرة أن هذا التصرف في حقيقته هبة غير مباشرة وأن المال الموهوب ليس هو الثمن بل هو العقار المبيع ذاته ، وكان الثابت من عقد البيع موضوع الدعوي أن مورثة الطاعنين كانت طرفا فيه وقد تضمن هذا العقد أنها هي التي دفعت إلي البائعين كامل الثمن من مالها تبرعا منها للمشتريين ، مما مفاده أن المورثة هي المشتري الحقيقية للأطيان المبيعة وقد قصدت بتصرفها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثم تهب بعقد آخر بل يتم الأمران بعقد واحد ، وكان التكييف الصحيح لهذا التصرف أنه هبة غير مباشرة منها لولدها وزوجته وأولادهما وأن المال الموهوب في الحقيقة ليس هو الثمن كما هو وارد بالعقد بل هو الأطيان المبيعة ذاتها ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجري في قضائه علي أن المورثة لم تكن طرفا في العقد واستخلص من عبارات العقد أن المال الموهوب هو الثمن وليس الأطيان المبيعة ، وأن هذا الثمن قد هلك بدفعه من المشتريين إلي البائعين ورتب الحكم علي هذا الاستخلاص الفاسد عدم جواز الرجوع في الهيئة تطبيقا لنص الفقرة السادسة من المادة ٥٠٢ من القانون المدني وتحجب بذلك عن مواجهة ما أثارته الواهبة من جمود المطعون ضدها الأولي فإنه يكون قد خالف القانون ، وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبيب ».

(طعن ٢٣٤٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

ويدخل في هذه الصورة الإيداع باسم الغير ، كما إذا أودع أب نقودا في أحد المصارف باسم ولده القاصر قاصدا التبسر له بالمبلغ المودع باسمه . ويجب أن تكون نية التبسر ظاهرة .

ولا يعتبر مجرد الإيداع باسم الغير دليلا على الهبة ، حتي لو كان للمودع حسابا خاصا باسمه في نفس المصرف لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيدها ، إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجع (١) .

(راجع نقض ١٩٤٨/٤/٨ منشور ببند ٧) .

٧- عقود الضمان :

يعتبر هبة غير مباشرة تعهد شخص بضمان دين علي آخر ، من غير الرجوع علي المدين عند الاقتضاء ، كما في الكفالة الشخصية أو العينية أو التعهد بالتضامن . أما إذا احتفظ بحقه في الرجوع علي المدين فإن العقد ، ولو أنه من غير مقابل ، لا يعتبر تبرعا (٢) .

٥٥ - ضرورة توافر الشروط الموضوعية للهبة :

لئن كانت الهبات غير المباشرة لاتخضع لشرط العقد الرسمي فإنها تخضع لكل القواعد الموضوعية الخاصة بالهبات . ومن بين هذه القواعد شرط توافق الإرادتين صراحة أو دلالة بين المتبرع والمتبرع له ، وجواز الرجوع في الهبة .

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٢٨ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١١٧ .

٥٦- إثبات الهبة غير المباشرة :

تسري علي إثبات الهبة غير المباشرة القواعد العامة في الإثبات .
فيجب الإثبات بين المتعاقدين بالكتابة إذا كانت قيمة الموهوب تجاوز
خمسمائة جنيه مالم يوجد مانع من الدليل الكتابي .

أما الغير فله إثبات الهبة غير المباشرة بكافة طرق الإثبات القانونية
- بما فيها البينة والقرائن - كما إذا أراد دائن الواهب أن يطعن في
الهبة غير المباشرة بالدعوي البوليصية .

موضوع رقم (٦)

(السبب في عقد الهبة)

٥٧ - تطبيق القواعد العامة علي السبب في عقد الهبة :

الهبة عقد كسائر العقود ، ولذلك يجب أن يتوافر ركن السبب في الهبة .

والسبب في عقد الهبة طبقا للنظرية التقليدية هو نية التبرع ، أما السبب طبقا للمذهب الحديث ، هو الدافع الرئيسي للتبرع . وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغيير البواعث ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاء ان المصري والفرنسي في العصر الحاضر فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات .

ويفرق التقنين اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد (المادة ١٩٤) فسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يتمثل في صورة واحدة في ظل ضرب من ضروب الالتزام

(١) السنهوري ص ١٣٢ - محمود جمال الدين زكي ص ١٣٥ - أكثم الخولي ص ١٠٨ - محيي الدين علم الدين ص ٣٤ .

ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه . فهو في العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل وفي العقود العينية تسلم العقود عليه وفي التبرعات نية التبرع وفي المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدني أو طبعي كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (المادة ١٩٥) أما سبب العقد فهو الباعث الشخصي الذي يدعو المتعاقد إلي إبرامه وهو لا يعتبر شيئاً من التعاقد فهو يختلف باختلاف الأحوال في العقد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء علي التمييز بين دلالة السبب في الفقه التقليدي وبين دلالة الحديث كما استخلصها القضاء . ولما كان التصوير التقليدي ضيق الحدود فقد رئي الإعراض عنه ^(١) .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي إذ قضت بأن :

« إذ كان الحكم المطعون فيه قد نهج في تكييف العقد محل الداعي تكييفاً صحيحاً ولم يخرج في تفسيره عما تحتمله نصوصه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٧ - أما نية التبرع التي تذهب النظرية التقليدية إلى أنها السبب في الهبة ، فهي العنصر المعنوي في الهبة ، ولذلك يختلط سبب الالتزام على هذا التحديد بركن الرضاء في العقد الذي ينشئه . وتكون نية التبرع موجودة حتماً في كل هبة ، فضاء الواهب في الهبة هو إرادته في أن يلزم دون مقابل ، وبذلك تكون نية التبرع وصفا يلحق رضاه ، لا سبباً لقيام التزامه (محمود جمال الدين زكي ص ١٣٥ - السهوري ص ١٣٢ وما بعدها) - وإذا كانت النظرية التقليدية على هذا النحو غير صائبة من الوجهة النظرية ، فإنها تؤدي من الناحية العملية إلى تعطيل ما يفرض من النصوص أن يكون السبب مشروعاً . لأن نية التبرع في ذاتها لا يتصور أن تكون أحياناً غير مشروعة .

فلقد استخلص من عباراته الظاهرة أن تصرف الأب المطعون ضده لابنه الطاعن في حق الانتفاع بالأرض الزراعية التي سلمها إياه كان بغير عوض مما يعتبر من المتصرف تبرعا أي هبة وقد وقعت الهبة باطلة لعدم مشروعية سببها المخالف للنظام العام بانصرافه إلي تعامل في تركة مستقبلية ، وكان من المقرر أن تعيين الورثة وأنصبتهم وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا مما يتعلق بالنظام العام وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل فلا يجوز قبل وفاة إنسان الاتفاق علي شيء يمس بحق الإرث ، وإلا كان الاتفاق باطلا ، وكان الحكم قد استدل علي قيام ذلك السبب غير المشروع - وهوالباعث الدافع إلي التبرع - بما ورد في الاتفاق من بيان صريح يفصح عن أن ما تسلمه الإبن الطاعن - أرض زراعية يمثل مقدار نصيبه ميراثا عن أبيه الذي لم يزل علي قيد الحياة ومن اشتراط علي هذا الإبن بعدم المطالبة بميراث أرض أخرى من بعد وفاة الأب ، وهو ما يعد استدلالا سائغا له مأخذه الصحيح من واقع ما أثبت بالاتفاق الذي انعقد بين الطرفين ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون في تفسير الاتفاق وتكييف التصرف الثابت به الذي لحقه البطلان .

(طعن رقم ٦٢٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩)

والسبب كعنصر في الهبة يتصل بالإرادة أوثق الاتصال ، ولكنه ليس الإرادة ذاتها ولكن الغرض المباشر الذي اتجهت إليه .

وإذا تعددت الدوافع إلي الهبة ، فالعبرة بالدافع الرئيسي منها ^(١) .

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٣٦ .

ويجب أن يكون الباعث مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب.
فإذا كان الباعث غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً .

ويشترط لبطلان الهبة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلي التبرع ، أن يكون الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، إذ لا يجوز بدهاة أن نعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلي التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أي متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوي أن الباعث له علي التعاقد ، وهو أمر مستكن في خفايا الضمير ، من شأنه أن يجعل العقد باطلا . ويقع عبء إثبات هذا العلم علي عاتق الواهب ، وذلك حرصاً علي استقرار المعاملات وتوفير أسباب الثقة المشروعة في التعاقد ، حتي لا يفاجأ الدائن ببطلان عقد كان واثقاً من صحته لاعتبار في أمر مقصور علي المدين ومجهول علي الدائن ^(١) .

وبهذا الرأي قضت محكمة النقض إذ ذهبت إلي أن :

« وإن كان السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدني يجب أن يكون معلوماً للمتعاقد الآخر فإذا لم يكن علي علم به أو ليس في استطاعته أن يعلمه فلا يعتد بعدم المشروعية ، إلا أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد استقي بيان السبب غير المشروع من واقع الاتفاق الذي أبرم بين الطرفين بما انطوي

(١) السنهوري في الوسيط الجزء الأول طبعة ١٩٦٤ ص ٤٩٨ وما بعدها ، وفي الجزء الخامس ص ١٣٣ .

عليه من إثبات عبارة ظاهرة تكشف بوضوح في دلالتها علي ما اتفق عليه الطرفان من مساس بحق الإرث التي تتصل قواعده بالنظام العام لما ورد به من نص علي أن الأتيان المسلمة إلي الطاعن هي مقدار نصيبه في ميراث الأرض الزراعية التي سيخلفها الأب المطعون ضده ومن اشتراط علي الإبن الطاعن بعدم المطالبة بحقه في إرث الأرض خلاف ما تسلمه ، لما كان ذلك فإن ما أورده الحكم في هذا الصدد يعد بيانا كافيا لدليل كاشف علي أن السبب غير المشروع كان معلوما من الطرفين متفقاً عليه فيما بينهما مما يكون معه النعي علي الحكم المطعون فيه بهذا السبب في غير محله .

(طعن رقم ٦٢٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩) (١)

(١) وهناك رأيان آخران في هذه المسألة هما :

الرأي الأول : يذهب إلى أن الرأي الوارد بالمتن ينطوى على تجاوز للقانون الذي نص في المادة ١٣٦ على بطلان العقد إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب دون أن يكون لعلم أحد المتعاقدين أو جهله به أى تأثير، فضلا عن أن ما أسس عليه الرأي الأول من اعتبارات واهن القيمة في عقد الهبة ، بل وفي سائر التبرعات ، وإن كان له كثير من الوزن في المعاولات التي تهم وحدها حركة التداول (محمود جمال الدين زكى ص ١٤٠) .

الرأي الثاني : يذهب إلى أنه لا ثمرة عملية للخلاف بين الرأي الأول والرأي الوارد بالمتن في نطاق الهبة ، إذ هناك اتفاق على أن علم الموهوب له بعدم مشروعية السبب ليس شرطا لازما لإبطال الهبة ، لأن من يستلزمون هذا الشرط بصفة عامة يستثنون من ضرورته عقود التبرع (أكثم الخولي ص ١٠٩) .

وقد استقر الفقه والقضاء في تطبيق مشروعية السبب ، علي أنه إذا كان الباعث علي الهبة إيجاد علاقة آثمة أو استبقائها أو تجديدها كانت الهبة باطلة لعدم مشروعية السبب. أما إذا كان الباعث عليها قطع العلاقات المحرمة أو تعريض الخليفة بعد انقطاع المعاشرة ، عما أصابها من ضرر فإن الباعث يكون مشروعاً والهبة صحيحة ^(١) .

٥٨ - تطبيقات للسبب غير المشروع :

١- ائتران الهبة بشرط مستعبل أو بشرط غير مشروع :

إذا كانت الهبة مقترنة بشرط مستحيل أو غير مشروع ، وكان الشرط هو السبب الدافع للهبة فإن الهبة تقع باطلة . أما إذا لم يكن الشرط سبباً دافعاً للهبة فإن الشرط هو الذي يبطل وتصح الهبة ^(١) .

والعبرة في عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة ، ولو أصبح مشروعاً بعد ذلك .

ومثال الهبة المقرنة بشرط مستحيل أن يهب شخص عقاراً لآخر بشرط أن ينفق علي شخص ثالث ، رغم أن الأخير قد توفي .

ومثال الهبة المقرنة بشرط غير مشروع ، أن يهب شخص مالا لمطلقاته ويشترط عليها عدم الزواج .

(١) السنهوري ج٥ ص ١٢٣ وما بعدها - محمود جمال الدين زكي ص ١٣٧ -

استئناف القاهرة ١٣ يونية ١٩٠٩ - الاسكندرية التجارية المختلطة ٨ يونية

١٩١٦ مشار إليها في هامش رقم (١) السنهوري ص ١٢٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٤ - أكثم الخولي ص ١٠٨ .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا (المادة ٦٦٩ منه) جاء فيه : « إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، وقعت صحيحة وألغى الشرط ، إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للهبة فتقع الهبة كلها باطلة » . وقد رأت لجنة مراجعة المشروع حذف النص لأن حكمها ورد في مكان آخر « وقد قصد بهذه العبارة الإشارة إلى المادة ٢٦٦ الخاصة بحكم الشرط (غير الممكن) أو (غير المشروع) »^(١) .

والفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ المذكورة والواردة في باب الالتزامات تقضي بأن : « ومع ذلك لا يقوم الالتزام المدني علي شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » ولئن كان النص اقتصر علي الشرط الفاسخ فقط ، فلأن الشرط الواقف يمنع في كل الأحوال قيام الهبة سواء كان دافعا إليها أم غير دافع (مادة ١/٢٦٦ مدني) ، وذلك لاختلاطه بالبائع الدافع^(٢) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني أنه :

« يبقى السبب ، والسبب في الهبة هو نية التبرع طبقا للمذهب القديم ، وهو الدافع الرئيسي للتبرع طبقا للمذهب الحديث ، وقد طبق المشروع المذهب الحديث في فروض ثلاثة : (أ) اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع ، فإن كان الشرط ليس هو الدافع للتبرع ، فإنه يلغى وتصح الهبة (قارن مرشد الحيران م ٢٥٥ فقرة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) أكثم الخولى ص ١٠٨ وهامش (٤) - محمود جمال الدين زكي ص ١٣٨ .

ثانية) ، وإن كان هو الدافع بطلت الهبة لعدم مشروعية السبب ، وعلي هذا جري القضاء المصري والفرنسي ، وقن المشروع ما جري عليه القضاء (م ٦٦٩ ... إلخ) ^(١) .

والنص قاصر علي حكم الشرط بمعناه الاصطلاحي الفني ، ومع ذلك تخضع الهبات المقتترنة بالتزام علي الموهوب له لنفس القاعدة إذا كان الالتزام غير مشروع لأن حكم المادة ٢٦٦ ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة في سبب الالتزام وأثر عدم مشروعيته علي التصرف ، وهذا يفترض بطبيعة الحال أن تكون رغبة الواهب في تنفيذ هذا الالتزام هي الباعث الدافع للواهب علي الهبة ^(٢) .

٢- شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب :

تنص المادة ٨٢٣ مدني علي أنه : « (١) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا علي باعث مشروع ومقصورا علي مدة معقولة . (٢) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير . (٣) والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير » .

وتنص المادة ٨٢٤ مدني علي أن :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٢ .

(٢) أكتف الخولي ص ١٠٩ وهامش (١) .

« إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف يقع باطلا ».

غير أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني كان يتضمن نصا يتعلق بشرط منع التصرف في الشيء الموهوب (المادة ٦٧١) وكانت تنص علي أنه : « إذا اشترط الواهب عدم التصرف في الشيء الموهوب فيسري علي الهبة أحكام المادتين ١١٩١ ، ١١٩٢ » ، إلا أن لجنة المراجعة اقترحت حذفها لورود حكمها في مكان آخر ^(١) ، والمقصود بذلك ورود حكمها في المادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ مدني . وبالتالي فإن شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب يضحى خاضعا للقواعد العامة الواردة في المادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ مدني .

فيكون شرط عدم التصرف في المال الموهوب صحيحا إذا كان مبنيا علي باعث مشروع ومقصورا علي مدة معقولة .

ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير .

والمصلحة المشروعة للمتصرف في عقد الهبة ، تتحقق باحتفاظه لنفسه بحق الانتفاع بالمال موضوع التصرف طوال مدة حياته . وبالرغم من أن تصرف مالك الرقبة لا يؤثر في حقوق المنتفع ، إلا أن المتصرف قد يخشي مغبة الاحتكاك بمالك آخر غير المتصرف إليه ، فحرصا علي أن تظل علاقته بهذا الأخير وحده طول مدة الانتفاع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٦١ وما بعدها .

بشروط الواهب منعه من التصرف حتي نهاية الانتفاع . وهذه الحالة هي الغالبة في أحكام القضاء .

وتتحقق المصلحة للواهب أيضا من المنع من التصرف ليضمن رجوع المال إليه إذا تحقق عذر من الأعذار المقبولة للرجوع في الهبة كجحود الموهوب له ، أو إفسار الواهب أو إنجابه ولذا يظل علي قيد الحياة إلي وقت الرجوع (م ١٠٥) ، ولم يقدّر مانع من موانع الرجوع في الهبة (١) .

ومن أمثلة حماية المصلحة المشروعة للمتصرف إليه ، أن يكون الموهوب له أراد أن يحمي المتصرف إليه من قلة خبرته أو نزقه أو طيشه فيشترط عليه حظر التصرف في المال الموهوب .

ومن أمثلة المصلحة المشروعة للغير ، أن يكون الواهب قد اشترط علي الموهوب له ترتيب إبراد مرتب لأجنبي طول حياة الأخير . فيكون شرط عدم التصرف في المال الموهوب ضامناً للوفاء بالتزام الموهوب له .

ويجب أن يكون الشرط مبنياً علي باعث مشروع فإذا كان الشرط مبنياً علي باعث غير مشروع ، فإن الغرض منه يكون تعطيل التصرف في الموهوب دون مبرر لذلك . فإذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلي التبرع ، فيكون السبب غير مشروع ، ويبطل ويبطل معه الهبة . أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع إلي التبرع ، فإنه يلغو وحده وتبقى الهبة صحيحة (٢) .

(١) للدكتور محمد علي عرفة شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٢) السنهاوري ص ١٣٨ .

أما إذا كان الشرط صحيحا صحت الهبة معه ووجب العمل بالشرط. فإذا خولف الشرط كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« وإذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما ، فالشرط المانع من التصرف صحيح ، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسألة ، إذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي »^(١) ويجوز للمتصرف أن يطلب بطلان التصرف المخالف دائما ، حتي لو كان المنع مشروطا لحماية المتصرف إليه ، ولدائني المتصرف أيضا حق طلب البطلان إذا كانت لهم مصلحة في ذلك ، كما إذا كان المنع مشروطا لكفالة رجوع المال إلي الواهب في حالة وفاة الموهوب له قبله .

وكذلك يجوز طلبه من المتصرف إليه أو الغير إذا أريد بالشرط المانع حماية مصلحة مشروعة لأيهما ، ويطلبه أيضا دائنو كل منهما إذا كانت لهم مصلحة في رفع دعوي البطلان^(٢) .

ويلحق البطلان كل تصرف ناقل للملكية المال الممنوع التصرف فيه ، وكل رهن حيازي أو رسمي ، يرتبه المتصرف إليه علي هذا المال . ويقع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٧٧ .

(٢) محمد علي عرفه ص ٣٧٠ .

باطلا تنازله عن الرهن المقرر لضمان الوفاء بالإيراد المرتب مدي الحياة لمصلحته ، إذا اشترط منعه من التصرف في هذا الإيراد ، لأن منعه من التصرف في الإيراد يقتضي منعه من التنازل عن التأمينات المقررة لضمان الوفاء به .

ويقع باطلا أيضا كل اختصاص بالمال الممنوع التصرف فيه ، إذ أن الاختصاص بمثابة الرهن فيسري عليه حكمه .

ويلاحظ أن بطلان هذه التصرفات المخالفة كلها لا يستتبع الرجوع علي المتصرف بالضمان ، لأن التزام الضمان لا ينشأ عن عقد باطل بطلا مطلقا .

وهذا كله بصرف النظر عن حسن نية المتصرف إليه الثاني ، وعن كون المنع من التصرف واردا علي عقار أو منقول أو إيراد مرتب مدي الحياة (١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« والذي يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف إذ له دائم مصلحة في ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما ، وهذه هي القاعدة التي سبق تقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير . والمال الذي يقع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم » (٢) .

(١) محمد علي عرفه ص ٣٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٧٧ .

وإذا كانت الهبة بعوض ، فالسبب فيها يكون مزدوجا ، إذ من جهة يوجد الدافع للواهب في التبرع ، ومن جهة أخرى رغبته في وجوب تنفيذ شرط العوض ، لأنه إذا لم ينفذ يكون له الحق في إبطال التبرع فيوجد في هذه الحالة عقد من عقود التبرع متبادل الالتزام ^(١) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٦ .

موضوع رقم (٧)

(الوعد بالهبة)

٥٩ - النصوص القانونية :

الفقرة الثانية من المادة (١٠١) مدني :

« إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل
تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

المادة (٤٩٠) مدني :

« الوعد بالهبة لا يتعقد إلا إذا كان بورقة رسمية » .

٦٠ - أهمية الوعد بالهبة :

يجوز الوعد بالهبة كما يجوز الوعد بأي عقد آخر. ويجوز الوعد ولو
كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكاليف والتزامات ، كأن يعد شخص آخر
بإيهاب عمارة إذا هو دفع له إيرادا مرتبا طول الحياة فيقتصر الموعود له
علي أن يقبل هذا الوعد بالإيهاب حتي يتدبر الأمر .

وتظهر أهمية الوعد بالهبة في الحالات التي يكون فيها المال
المراد إيهابه غير موجود ، كدار لم يتم بناؤها ، أو أرض مملوكة للغير لم
يتم شراؤها خاصة وأن المادة ٤٩٢ مدني- كما رأينا تنص علي أن تقع
هبة الأموال المستقبلية باطلة . فيمكن أن يعد الشخص بهبة المال
المستقبل علي أن تتم الهبة عند تحققه .

٦١ - اشتراط الرسمية في الوعد بالهبة :

تنص المادة ٤٩٠ مدني علي أن : « الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية » . ويعتبر هذا النص تطبيقا خاصا للقاعدة الواردة في الفقرة الثانية من المادة ١٠١ التي تقضي بأنه : « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاؤه شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد » . وعلة هذا واضحة ، لأن « إغفال هذا الاحتياط يعين علي الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدي إلي تمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . وكفي لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغب في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعتمد إلي عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفي فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدر حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا عن طريق غير مباشر إلي عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها » (١) .

وعلي ذلك فإنه يشترط في الوعد بالهبة أن يكون بورقة رسمية . أما إذا انصب الوعد بالهبة علي منقول (كما في الاكتتابات العامة) فلا ينعقد إلا بالكتابة ولو عرقية .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

« والوعد بالهبة إذا كان منصبا علي عقار وجب أن يكون بورقة رسمية (م) ٦٦٤ وم ١٥٠ فقرة ثانية من المشروع) ، أما إذا انصب علي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٤ .

منقول (كما في الاكتتابات العامة) فلا يتعقد إلا بالكتابة ولو عرفية، ويجوز الرجوع في الوعد علي النحو الذي يجوز فيه الرجوع في الهبة^(١).

٦٢ - أثر تخلف الشكلية في الوعد بالهبة :

رأينا أن المادة ٤٩٠ مدني تنص علي أن الوعد بالهبة لا يتعقد إلا إذا كان بورقة رسمية . وينبغي علي ذلك أن الوعد بالهبة الذي لم يستوف هذا الشرط ، بأن كان غير مكتوب أصلا ، أو مكتوبا في ورقة عرفية ، يكون باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه^(٢).

. ولا يجوز إجبار الواعد علي تنفيذ وعده تنفيذا عينيا ، لأن ذلك من ناحية يقتضي تدخلا شخصا من الواعد لإتمام رسمية الهبة ، وإجباره علي هذا التدخل الشخصي ممتنع^(٣) . ومن ناحية أخرى فإن الوعد بالهبة باطل ، ولو جاز إجبار الواعد بتنفيذ وعده تنفيذه عينيا لأمكن بطريق ملتو أن يصل الشخص إلي إبرام هبة دون ورقة رسمية إذ يقتصر علي وعد بالهبة غير رسمي يصل به إلي حكم يقوم مقام الهبة^(٤).

ولذلك انتقد البعض^(٥) ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي من أنه :
« فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلي إتمام التعاقد المقصود

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٢٥ .

(٢) السنهوري ج٥ ص ٤٠ وما بعدها - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ١٨١ وما بعدها .

(٣) السنهوري ص ٤١ - محمود جمال الدين زكي ص ٩٢ وما بعدها .

(٤) السنهوري ص ٤١ .

(٥) محمود جمال الدين زكي ص ٩٣ .

فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو علي الأقل إلى قيام دعوي بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به «^(١) علي أنه يمكن اعتبار الوعد بالهبة بورقة عرفية عقدا غير مسمي تم بإيجاب وقبول ، ورتب التزاما شخصيا في ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به علي الواعد ، ذلك أنه إذا لم يحصل الموعد له علي المال الموهوب بسبب عدم تنفيذ الواعد لوعده ، فإنه يصاب عادة بضرر يستحق من أجله التعويض^(٢) .

٦٣ - كيفية انعقاد الوعد بالهبة :

الوعد بعقد هو في ذاته عقد ، ويترتب علي ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التي تقوم عليها العقود في مجموعها وهي : الرضاء والمحل والسبب ، وأن يكون كل من الطرفين متمتعا بالأهلية اللازمة لإبرامه ، وأن يحق رضاؤه خاليا من العيوب ، ثم يلزم أن يكون العقد الموعود بإبرامه وهو محل الوعد مشروعاً . كما أنه يتحتم في النهاية أن يكون للواعد سبب يدفعه إلي التحمل بالوعد . وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٥ .

(٢) السنهوري ص ٤١ هامش (١) - محمود جمال الدين زكى ص ٩٢ وما بعدها- عبد الفتاح عيد الباقي ص ٤١ هامش (١) .

ويخضع التراضي في الوعد بالهبة للقواعد العامة المنصوص عليها
بالمادة ١٠١ مدني التي تقضي بأن :

« الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد
معين في المستقبل لا يتعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد
المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها » .

فيجب أن يتضمن الوعد بعقد الهبة بجانب الأركان اللازمة في
العقود بصفة عامة ، الأركان الخاصة به وهي :

١- أن يتضمن الوعد بالهبة جميع المسائل الجوهرية لعقد الهبة ،
وذلك حتي يكون السبيل مهينا لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة
الموعد له دون حاجة إلي الاتفاق علي أي شئ آخر .

ويقصد بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي
يري العاقدان الاتفاق عليها ، والتي ما كان يتم العقد بدونها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- « يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقا للمادة ١٠١ من القانون
المدني أن يتفق الطرفان علي جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه
فضلا عن المدة التي يجب إبرامه فيها ، وذلك حتي يكون السبيل مهينا
لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعد له دون حاجة إلي اتفاق
علي شئ آخر ، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه
الأساسية التي يري العاقدان الاتفاق عليها ، والتي ما كان يتم العقد
بدونها . وإذا كان يبين من مطالعة الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه لم يفصح

أصلا عن ماهية العقد المراد إبرامه ، ولم يكشف عن حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين أو الأركان المميزة لها ، ولم يعين صراحة أو دلالة المدة التي يجب فيها إبرام العقد النهائي ، وكان لا وجه لما تدعيه الطاعنة من أن الاتفاق ينطوي علي عقد عمل غير محدود المدة مع ما ينص عليه الاتفاق صراحة من أن العلاقة بينها وبين المطعون ضده ينظمها في المستقبل عقد جديد ، فضلا عن أنه لم يتضمن باقي العناصر التي تحقق بها علاقة العمل وهي توافر التبعية ، وكون الأعمال محل هذه العلاقة أعمالا مادية ، مما مؤداه تخلف الشرطين الواجب توافرهما لانعقاد الوعد بالتعاقد ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون علي غير أساس .»

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢١)

٢- « إذا كان الوعد بالإيجار الملزم لجانِب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب في استئجارها ، وكان هذا العقد وفقا للمادة ١٠١ من القانون المدني لكي يعتبر ملزما لمن صدر منه الشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وأن تحدد فيه المدة التي يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق علي تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحا بل يجوز أن يكون ضمنيا فيحق أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة المعقولة التي يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار ، لما كان ذلك ، وكان الوعد بالإيجار مشار النزاع قد خلا من تقرير المدة التي يجوز فيها إلزام الطاعن الأول بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه الأول فإنه لا تشريب علي محكمة الموضوع إن هي قدرت المدة التي اعتبرتها معقولة - تسع سنوات - في

نطاق ما تستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين ، وكان هذا التقدير لا ينطوي علي مخالفة لأية قاعدة أمرة نصت عليها القوانين الاستثنائية لايجار الأماكن ، فإن النعي - علي تحديد هذه المدة - يكون علي غير أساس .»

(طعن رقم ٥٦٥ ، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

ويجب أن يبين في عقد الوعد بالهبة إن كانت الهبة المراد إبرامها مقترنة بعرض أو يتكاليف أو التزامات ، وماهية هذا العرض أو التكليف أو الالتزامات وكما أوردنا سلفا لا يشترط أن يكون محل الهبة مملوكا وقت الوعد للواعد في حالة الوعد بالإيهاب أو للموعد له في حالة الوعد بالاتهاب ، وإنما يشترط أن يكون مملوكا لكل منهما وقت ظهور الرغبة . وإلا لم تنفذ في حق المالك الحقيقي وكانت قابلة للإبطال لمصلحة الموعد له ^(١) .

٢- يجب أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعد به خلالها إذا ما ارتضاه الموعد له ، فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد وقع باطلا . بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحا بل يكفي أن يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال .

كما أنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديدا عدديا بالأيام أو الأشهر أو السنين ، وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليما من شأنه أن يمكن قاضي الموضوع من إجرائه علي نحو سائغ مقبول .

(١) السنهاوري ص ٤٠ .

وإذا اتفق الطرفان علي أن تكون المدة هي المدة المعقولة ، وكانت هناك عناصر تنهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالهبة لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان علي تحديدها تكفل القاضي بذلك ^(١) .

أما إذا كان الوعد ملزما للجانبين ولم يشتمل علي هذه المدة ، فإنه لا يعتبر وعدا بل يكون في حقيقته عقدا نهائيا يتقيد به الطرفان .

ولا أهمية لكون الطرفين قد استعملوا لفظ الوعد في التعبير عن إرادتهما إذ العبرة في العقد ما قصدت إليه الإرادة أيا كان المعني الحرفي للألفاظ ، والواضح من مثل هذا الاتفاق أن إرادة كل من الطرفين قد اتجهت إلي الارتباط بالعقد إذا قبل الطرف الآخر ^(١) .

٦٤ - آثار الوعد بالهبة :

يتعين التفرقة في آثار الوعد بالهبة بين مرحلتين :

المرحلة الأولى : وهي التي تسبق ظهور رغبة الموعود له في إبرام عقد الهبة .

في هذه المرحلة لا يوجد لدينا سوي عقد الوعد. أما العقد الموعود بإبرامه فليس قائما بها .

(١) السنهوري ص ٤٠ - الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ١٣١ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٣١ وما بعدها .

ويترتب علي ذلك أن يظل الواعد مالكا للشيء محل العقد . فإذا تصرف فيه قبل تمام العقد النهائي سري هذا التصرف في حق الموعود له . وهذا مع ملاحظة توافر الشهر بالنسبة إلي العقار .

وفي هذه الحالة لا يبقى أمام الموعود له إذا أظهر رغبته في إبرام العقد إلا أن يرجع بالتعويض علي الواعد الذي أخل بوعده .

كما يترتب علي ذلك أيضا أنه إذا هلك الشيء قضاء ، وقدرنا تحمل الواعد تبعه هلاكه ، لأنه ما يزال هو المالك ، ولكن لا يسأل عن الضمان نحو الموعود له مادام أن الهلاك قضاء ، وقدرنا .

ويستطيع الموعود له أن يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد فينقله إلي شخص آخر .

وإذا مات الموعود له انتقل هذا الحق إلي ورثته ، فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت ^(١) .

المرحلة الثانية : وهي التي تأتي بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد .

فإذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائي يتم ، ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد . وذلك لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول الإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل علي جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي .

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٥ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٨٦ .

غير أن ظهور رغبة الموعود له ، يجب أن تكون في ورقة رسمية .

وإذا امتنع الواهب عن تنفيذ التزامه بعد ظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكماً يقوم مقام العقد النهائي وإذا كان المال الموهوب عقاراً سجل الحكم فتنقل الملكية إلي الموهوب له . وعلي هذا نصت المادة ١٠٢ مدني بقولها :

« إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتسام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد » .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضي الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء ، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشئ بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق ومن أية مسئولية عليه » .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٦)

٢- إذا استخلص الحكم من أوراق الدعوي معني العدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سائغاً فلا معقب عليه . ومن ذلك

استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يوزجه أطيانا تشمل العين المتعاقد بينهما علي بيعها .

(طعن رقم ٩٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٦/٦)

٣- « متي كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء ، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشئ بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه . »

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

موضوع رقم (٨)

(شروط صحة عقد الهبة)

شروط صحة عقد الهبة هي شروط صحة التراضي في عقد الهبة ، وهي كشروط صحة التراضي في أي عقد من العقود ، ترجع إلي الأهلية وإلي عيوب الرضاء ، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلي .

أولاً : الأهلية في عقد الهبة .

(أ) - أهلية الواهب :

٦٥ - الشخص الذي يجوز له الهبة :

الهبة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالواهب ، ولذلك يجب أن يكون الواهب كامل الأهلية أي بلغ سن الرشد . وسن الرشد هو إحدي وعشرون سنة ميلادية كاملة . بشرط أن يكون الشخص متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، إذ نصت المادة ٤٤ مدني علي أن :

« ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

٢ - وسن الرشد هي إحدي وعشرون سنة ميلادية كاملة .»

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ١٦٥

منه علي أنه : « ١ - يجب لصحة الهبة أن يكون الواهب مالكا للمال الموهوب ، وأن يكون أهلا للتبرع .

٢ - وتسري علي الهبة في مرض الموت أحكام الوصية » .

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بما جاء في باب أحكام الوصية (١) .

وللزوجة البالغة الرشيدة أن تهب مالها كله أو بعضه لمن تشاء دون إذن زوجها ، علي خلاف الحال في القانون الفرنسي الذي لا يجيز هبة الزوجة إلا بإذن الزوج (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٧ وما بعدها .

(٢) وفي الفقه الإسلامي اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجوز للزوجة أن تهب من مالها من غير إذن زوجها فقال الليث : لا يجوز لها ذلك مطلقا ، لا في الثلث ولا فيما دونه إلا في الشئ التافه . وقال طائوس ومالك إنه يجوز لها أن تعطي مالها بغير إذن في الثلث ، لا فيما فوقه فلا يجوز إلا بإذنه .

واستدلوا بحديث : « ولا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها » . وفي لفظ : « لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها » .

وهذه الجمهور إلى أنه يجوز للزوجة مطلقا من غير إذن من الزوج إذا لم تكن سفينة ، فإن كانت سفينة لم يجز .

واستدل الجمهور بالأحاديث الكثيرة التي تقتضي بأنه يجوز للزوجة التصديق من مال زوجها بغير إذن ، وإذا جاز لها ذلك في ماله بغير إذن فبالأولى الجواز في مالها . وحملوا حديث : « لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها » على ما إذا كانت سفينة غير رشيدة .

وحمل مالك أدلة الجمهور على الشئ اليسير ، وجعل حده الثلث فما دونه (محمد كامل مرسى ص ٦٤ وما بعدها) .

والصبي غير المميز وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره (م ٢/٤٥ مدني) غير أهل لأن يهب، فهو لا يملك أن يتعاقد أصلا .

وعلي هذا نصت المادة ١١٠ مدني علي أن : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

والصبي المميز غير أهل للهبة ولو كان مأذونا بالإدارة أو الاتجار .

وعلي هذا نصت المادة ١١١ مدني بقولها :

« إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً إلخ » .

وعلي ذلك فهبة الصبي غير المميز والصبي المميز علي سواء باطلة، فلا ترد عليها الإجازة ، سواء صدرت الإجازة من الولي أو الوصي أو المحكمة لأن الولاية والوصاية شرعتا لمصلحة الصغير ولا مصلحة له في إجازة الأعمال الضارة.

أما بالنسبة لذی الغفلة والسفيه ، فإذا صدرت منهما الهبة بعد تسجيل قرار الحجر ، فإنه يسري عليها ما يسري علي هبة الصبي المميز من أحكام فتقع الهبة باطلة (م ١١٥ مدني).

أما هبة المجنون والمعتوه ، فتقع باطلة إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو المعتوه شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر علي بينة منها (م ١١٤ مدني).

٦٦ - هبة الولي أو الوصي أو القيم :

الولي الطبيعي ، سواء كان أبا أو جدا ، والوصي علي القاصر ، والقيم علي المحجور عليه للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة لا يملك هبة مال الصغير أو المحجور عليه ولو بإذن من المحكمة .

غير أنه وردت عدة استثناءات علي هذه القاعدة في المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية علي المال ، هي :

١- ما تنص عليه المادة الخامسة من أنه لا يجوز للولي التبصر بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة .

غير أن هذا القيد لا يسري علي ما آل إلي القاصر من مال بطريق التبصر من أبيه صريحا كان التبصر أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣).

٢- ما تنص عليه المادة ٣٨ من أنه لا يجوز للوصي التبصر بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة .

٣- ما تنص عليه المادة ٣٩ من أنه لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

ثالث عشر : التنازل عن الحقوق والدعوي وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ويسري ذلك علي القامة والوكلاء عن الغائبين (م ٧٨).

٦٧ - البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية :

البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمانه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأمواله مدة اعتقاله ويعين فيما لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته في غرفة مشورتها بناء علي طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تعينه بتقديم كفالة ، ويكون القيم الذي تقره المحكمة أو تعينه تابعا لها في جميع ما يتعلق بقوامته (م٢٥/رابعاً) عقوبات ولايجوز للمحكوم عليه أن يتصرف في أمواله إلا بناء علي إذن من المحكمة المدنية المذكورة . وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملقي من ذاته وترد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ويقدم له القيم حساباً عن إدارته (م٢٥/رابعاً/٢) عقوبات . ومن ثم لايجوز للبالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية التصرف بالهبة إلا بإذن من المحكمة .

٦٨ - البالغ الرشيد ذو العاهتين :

إذا كان البالغ الرشيد أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهي التصرفات التي لايجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، ويدخل فيها التنازل عن الحقوق والدعاوي وقبول الأحكام القابلة للطعن العادية والتنازل عن

هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام والتنازل عن التأمينات وإضعافها (م ١/٧٠).

ويجوز للمحكمة ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص البالغ الرشيد بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد (م ٢/٧٠).

ويشارك المساعد القضائي في التصرفات سالفة الذكر . وإذا امتنع عن الاشتراك في تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأيت أن الامتناع في غير محله أذنت للمحكوم له بمساعدته بالانفراد في إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة في إبرامه وفقا للتوجيهات التي تبينها في قرارها.

وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقرر مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف (م ٣/٧١).

ويعتبر المساعد القضائي في حكم النائب في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٢٨٢ و ٤٧٩ من القانون المدني (م ٧٣) ^(١).

(١) الدكتور محمد علي عرفة شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٦٣ وما بعدها .
(٢) السنيهوري ص ١٣٨ .

(ب) أهلية الموهوب له :

٦٩ - الجنين :

لا تجوز الهبة للجنين ، لأنه يشترط في الموهوب له أن يكون موجودا حقيقة لا حكما كالجنين في بطن أمه .

وأهلية الوجوب للجنين مقصورة علي تلقي الحقوق التي لا يلزم القبول لثبوتها ، لأن ليس للجنين ولي ^(١) .

ولئن كانت المادة ٢٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية علي المال تنص علي أنه يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ ، وتجزئ المادة ٢٩ إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار أن تعين المحكمة وصيا ويبقي وصي الحمل المستكن وصيا علي المولود ما لم تعين المحكمة غيره إلا أن ذلك لا يفيد جواز الهبة للجنين لأن المادة ٢٨ تخصص - في نهايتها - التبرع للجنين بأنه التبرع بطريق الوصية ^(١) .

٧٠ - الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه :

إذا كان الصبي غير مميز فإنه لا تكون له أهلية قبول الهبة ، التي يشترط فيها التمييز . وسري ذلك علي المجنون والمعتوه .

غير أنه يجوز قبول الهبة من الولي أو الوصي علي الصغير غير المميز والقيم علي المجنون والمعتوه .

وإذا كان يشترط لقبول الهبة القبض ، ناب عنه في القبض ،

(١) أكتفم الخولى ص ١٠٤ .

(٢) أكتفم الخولى ص ١٠٣ وما بعدها - السهوري ص ١٠٢ .

ولا يشترط لذلك إذن من المحكمة . وفي هذا نصت المادة ٤٨٧ مدني علي أن :

« ١ - لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه .

٢- فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب » .

ولا يمنع من قبول الولي أو الوصي أو القيم أو من قبضها أن يكون هو الواهب ، لأنه يتعاقد مع نفسه في هذه الحالة بنص صريح في القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « الأصل أن الصغير يملك المال الذي يهبه إياه وصيه أو مربيه ، أي من هو في حجره وتربيته ، بمجرد الإيجاب ، ولا يحتاج للقبض ، وعليه لو وهب الأب لطفله شيئاً في يده أو عند مستودعه أو مستعيره تتم الهبة بمجرد قوله : وهبت ، ولا حاجة للقبول لتتام الهبة ، لأن المال لما كان في قبض الأب ناب مناب قبض الصغير . فإذا اعتبر الحكم بناء علي أسباب مسوغة أن إقرار المورث بأنه مدين بقيمة السند موضوع الدعوي لولديه القاصرين ، هو إقرار من جانبه يشمل إيجاباً بالهبة من مال في قبضه ، وبه تتم الهبة للقاصرين بغير حاجة إلي قبول وصي يقام عليهما ليتسلم السند - فإنه لا يكون قد أخطأ » ^(١) .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣)

(١) وقد انتقد الدكتور السهوري (ص ١٠٤ هامش ١) الحكم في أنه يتكلم عن القبض في هبة مستترة تتم دون حاجة إلى قبض أو إلى ورقة رسمية . ولكن الحكم يصيب في أن الهبة هنا ليست في حاجة إلى قبول الصغيرين .

٢- « إذ كان الواقع في الدعوي أن العقد استوفي ظاهرياً الأركان القانونية لعقد البيع المتجز من بيع و ثمن ، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلي نفسه بصفته ولياً شرعياً علي أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قسراً ، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في قبول الهبة ، ولو كان هو الواهب ، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه ، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة » .

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

٣- النص في المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢ علي أن « يجب علي الولي أن يقوم بالولاية علي مال القاصر ولا يجوز له أن ينتحى عنها إلا بإذن المحكمة » وفي الفقرة الثانية من المادة ٤٨٧ من القانون المدني علي أن « إذا كان الواهب هو ولي الموهوب له ناب عنه في قبول الهبة » يدل علي أن صفة الولي لا تزول عنه إلا بإذن من المحكمة ومن تاريخ صدور هذا الإذن ، فإذا كان هو الواهب فإنه يعتبر قابلاً للهبة بمجرد التعبير عن إرادته بها » .

(طعن رقم ١٥٧٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

غير أنه لايجوز قبول الولي أو الوصي الهبة إلا بإذن من المحكمة في الحالات الآتية :

١- إذا كانت الهبة محملة بالتزامات معينة إذ نصت المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ علي أنه :

« لايجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة » .

كما نصت المادة ٣٩ علي أنه لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

.....

(تاسعا) : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

ويراعي أنه إذا تبرع شخص للقاصر بمال فإنه يجوز أن يشترط المتبرع عدم دخول هذا المال في الولاية . وفي هذه الحالة يجب علي المحكمة أن تقيم وصيا خاصا تحدد مهمته ، كما يجوز للمتبرع نفسه أن يقيم وصيا مختارا .

فقد نصت المادة الثالثة علي أنه : « لا يدخل في الولاية ما يزول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » .

وتنص المادة ٣١ علي أن : « تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته وذلك في الأحوال الآتية :

(د) - إذا آل إلي القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولي الولي إدارة المال إلخ » .

وتنص المادة ٢٨ علي أن : « يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ .

ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرقية مصدق علي توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما . وتعرض الوصاية علي المحكمة لتبثيتها » .

والأصل أن الأب لا يحاسب علي تصرفاته ، ولكنه استثناء يحاسب عن ريع المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالتهليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢٥) .

وهذه الأحكام قد فرضها القانون لمصلحة الصغير .

٧١ - الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة :

ذكرنا أن الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا ومن ثم يجوز للصبي المميز والسفيه وذو الغفلة قبول الهبة وقبضها . ويصح ذلك دون إذن الولي أو الوصي أو القيم . ويستطيع الولي أو الوصي أن يهباً للصغير وينيان عنه في قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب وعلي هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٨٧ مدني بقولها : « فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ، ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشئ الموهوب » ويشجع القانون علي زيادة مال الصغير بالهبة فيجيز للولي أن يقبل الهبة للصغير نيابة عنه ، إلا إذا كانت محملة بالتزامات معينة حيث يجب الحصول علي إذن المحكمة (م ١٢ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

وكذلك الحال بالنسبة للوصي إذا كانت الهبة مقترنة بشرط (مادة ٣٩ تاسعا) .

ويلاحظ هنا اختلاف في صياغة النصين من ناحيتين . فال المادة ١٢

الخاصة بالولي تستلزم إذن المحكمة لقبول هذا النوع من الهبات بينما تنص المادة ٣٩ تاسعا الخاصة بالوصي علي ضرورة حصوله علي إذن المحكمة لقبول هذه الهبات ورفضها ويفهم من ذلك أن الولي يستطيع رفض هذه الهبات دون إذن المحكمة بخلاف الوصي . وبينما تنص المادة ١٢ علي الهبات « المحملة بالتزامات معينة » تتكلم المادة ٣٩ تاسعا عن « الهبات المقترنة بشرط » إلا أن موضوع النصين واحد وهو الهبات المقترنة بالتزام علي الموهوب له والتي تسمى كذلك بالهبات المقترنة بتكليف والتكليف هو التزام علي عاتق الموهوب له ^(١) .

٧٢ - الزوجة الصغيرة :

الهيئة الصادرة للزوجة الصغيرة ، يجوز لزوجها أن يقبضها نيابة عنها إذا كانت قد زفت إليه ولو كان أبوها حاضرا ، وكذا لأبيها حق القبط لما له من الولاية عليها ، وكذا لها أن تقبضها إذا كانت مميزة .
(م ٥١٣ ، ٥١٤ من قانون الأحوال الشخصية لقنري باشا) ^(١) .

٧٣ - قبول الأشخاص المعنوية للهبات :

يسري في شأن قبول الأشخاص المعنوية الخاصة أو العامة الهيئة ، النصوص الخاصة بهذه الأشخاص المعنوية .

(١) أكتفم الخولى ص ١٠٤ هامش (١) .

(٢) السهورى ص ١٠٥ هامش (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « البين من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع ببطلان عقد الهبة لأن جمعية ليست لها الشخصية الاعتبارية إعمالاً لنص المادتين ٥٢ . ٥٣ من القانون المدني ولم يتم شهر نظامها وفقاً لأحكام القانون رقم بشأن الجمعيات والمؤسسات ومن ثم لا يكون لها وجود قانوني وبالتالي لا يكون لها أو للمطعون ضدها التي تمثلها - أهلية قبول الهبة وإذا التفت الحكم المطعون فيه عن دفاع الطاعنين ولم يتناوله في أسبابه لتقول المحكمة كلمتها فيه رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير به - إن صح - وجه الرأي في الدعوي فإنه يكون مشوباً بالقصور » .

(طعن رقم ١٢٦٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٩)^(١)

ثانياً : عيوب الرضا في عقد الهبة

٧٤ - تطبيق حكم القواعد العامة :

عيوب الرضا في عقد الهبة هي عيوب الرضا في أي عقد آخر .
فتسري على هذه العيوب الأحكام العامة الواردة في القانون المدني .
وهذه العيوب في القانون المدني هي :

الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال وتحيل في تفصيل ذلك إلى مؤلفات نظرية العقد .

(١) منشور بمؤلف المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدني - الجزء الثالث ص ١٠٨ وما بعدها .

موضوع رقم (٩)

(التزامات الواهب)

٧٥ - تعداد :

تنحصر التزامات الواهب في عقد الهبة - كالشأن في الالتزامات التي تنشأ في ذمة البائع في أربعة التزامات هي :

- ١- نقل ملكية الموهوب إلي الواهب .
 - ٢- تسليم الموهوب إلي الموهوب له .
 - ٣- ضمان التعرض والاستحقاق .
 - ٤- ضمان العيوب الخفية .
- ونعرض لهذه الالتزامات بالتفصيل فيما يلي .

الالتزام الأول

(نقل ملكية الموهوب إلي الواهب)

٧٦ - مضمون الالتزام :

لم يذكر في التقنين المدني الجديد نقل ملكية الموهوب بين آثار الهبة علي خلاف القانون القديم الذي نص عليه صراحة في المادة ٤٨ / ٧٠ ، ولعله اكتفي بذلك بالتعريف الذي وضعه لها في المادة ٤٨٦ / ١ علي عموه ، مع أنه الأثر الرئيسي لعقد الهبة .

وقد كانت المادة ٦٧٣ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تقضي بأن : « يلتزم الواهب بنقل ملكية الشئ الموهوب للموهوب له » ، ثم حذفت في لجنة المراجعة « لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة^(١) .

وقد كان الأولي إبقاءه حتي يستند نقل الحق العيني إلي نصوص القانون ، سيما وقد أغفله المشرع في التعريف علي تقيض ما فعله في عقد البيع ، ومع ذلك لن تشير هذه الثغرة أي إشكال ، لأن الأثر مستفاد من معنى الهبة لغة^(٢) .

وعلي ذلك يترتب علي الهبة انتقال الشئ الموهوب من ملكية الواهب إلي ملكية الموهوب له . ولذلك يلتزم الواهب بنقل ملكية الشئ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ١٤٢ .

الموهوب إلي ذمة الموهوب له وباتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإتمام نقل ملكية الشيء حسب طبيعته وتطبق هنا القواعد العامة في نقل الملكية بالعقد .

وقد نصت المادة ٢٠٤ مدني علي أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

كما نصت المادة ٩٣٢ علي أن : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد علي محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية :

مادة ٩٣٣ : « المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » .

مادة ٩٣٤ - « (١) في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أو كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري .

(٢) وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وتنص المادة ٢٠٥ مدني علي أنه : « إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني علي شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء » .

ويلتزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل الملكية ،
كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل والكشف عن أي عمل يعوق نقل
الملكية فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة في الشئ الموهوب إلا إذا
جاز الرجوع في الهبة .

ويتضمن الالتزام بنقل ملكية الموهوب الالتزام بالمحافظة عليه
والالتزام بتسليمه إلي الموهوب له (م ٢٠٦ مدني) . ويترتب علي نقل
الملكية إلي الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف في الموهوب
حتي قبل قبضه . ويستوي في ذلك العقار والمنقول (إذا لم تكن
الهبة يدوية في المنقول) ، وأن يكون له ثمر الموهوب ونماؤه من وقت
تمام الهبة .

وتنتقل الملكية لا في حق المتعاقدين وحدهما ، بل أيضا في حق
الورثة والدائنين ، إلا أن الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر
إضرارا بدائنيته ، فإن هؤلاء لهم الحق في الطعن في الهبة بالدعوي
البوليصة ولو لم يكن الموهوب له عالما بإعسار المدين ، فتصبح الهبة
غير نافذة في حقهم ، ويستطيعون أن ينفذوا علي الشئ الموهوب
بحقوقهم وفقا للقواعد المقررة في الدعوي البوليصة ^(١) .

وكان المشروع التمهيدي يتضمن نصا في هذا المعني هو المادة ٦٧٢
من هذا المشروع وكانت تقضي بأن : « لا تجوز هبة الأموال أو وقفها
إضرارا بالدائنين » ، إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة اكتفاء
بتطبيق القواعد العامة ^(٢) .

(١) السهوري ص ١٤١ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٦٢ الهامش .

٧٧ - نقل الملكية في هبة المنقول :

إذا كان الموهوب منقولاً معيناً بالذات مملوكاً للواهب ، فإن الملكية تنتقل إلى الموهوب له فوراً بمجرد تمام الهبة وقبل القبض . ومعنى ذلك انتقال ملكيته إلى الموهوب له بمجرد انعقاد الهبة . سواء كانت الهبة قد وقعت في ورقة رسمية أو كانت هبة مستترة ، أو كانت هبة يدوية فتنتم الهبة وتنتقل الملكية في الوقت ذاته إلى الموهوب له بالقبض .
وتنتقل ملكية الهبة سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير .

أما إذا وردت الهبة على شيء غير معين بالذات وإنما كان معيناً بنوعه كهبة كمية محددة من الفول أو القمح أو الأرز الخ ، وكانت الهبة يدوية كما يقع ذلك عادة تمت بالقبض وتنتقل الملكية بمجرد تمام الهبة .

أما إذا وقعت الهبة في ورقة رسمية فتنتقل الملكية بالإقراز ولو قبل القبض عملاً بالمادة ٢٠٥ سالف الذكر .

٧٨ - نقل الملكية في هبة العقار :

رأينا أن المادة ١/٩٣٤ مدني تنص على أنه في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أو كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري .

وعلى ذلك إذا كان الموهوب عقاراً ، وسواء كانت الهبة بورقة رسمية أو كانت غير مستترة فإن ملكية العقار لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

غير أن الهبة غير المسجلة ترتب التزاما بنقل ملكية الموهوب ، ويجوز للموهوب له رفع دعوي صحة التعاقد .

كما ترتب جميع الالتزامات الأخرى التي ينشئها عقد الهبة في جانب كل من الواهب والموهوب له ، كتسليم العقار إلي الموهوب له وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية^(١) .

(الالتزام الثاني)

(تسليم الشيء الموهوب إلي الموهوب له)

٧٩ - النص القانوني :

المادة (٤٩٣) مدني :

إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب ، فإن الواهب يلتزم بتسليمه ، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بالتسليم .

٨٠ - مضمون الالتزام بتسليم الشيء الموهوب إلي الموهوب له :

تسليم الشيء الموهوب والمحافظة عليه حتي التسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية .

وقد قدمنا أن التسليم في الهبة اليدوية ركن في العقد . أما في غيرها فهو التزام ناشئ عنه فقد نصت المادة ٢٠٦ مدني علي أن : «الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتي التسليم » .

(١) المنهوى ص ١٤٦ .

ولذلك نصت المادة ٤٩٣ مدني علي أنه إذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشئ الموهوب ، فإن الواهب يلتزم بتسليمه .

وإذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه ، فإنه يهلك علي الموهوب له ، ولا يلزم الواهب بدفع قيمته إلي هذا الأخير ، إلا إذا كان الهلاك ناشئا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم عملا بالمادة ٤٩٦ مدني التي تنص علي أن لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم .

وتنص المادة ٤٩٣ في عجزها علي أنه : وتسري في ذلك (التسليم) الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع^(١) .

وعلي ذلك تسري أحكام تسليم المبيع علي تسليم الشئ الموهوب فيما يختص بما يجب تسليمه وطريقة التسليم وزمانه ومكانه .

ويجوز للموهوب له ولورثته طلب التسليم . وهذا الحق مخول أيضا لدائني الموهوب له وللمحول إليه منه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« الهبة متي كانت موصوفة بعقد آخر فإن الملكية تنتقل بها بمجرد الإيجاب والقبول . ويكون للموهوب له أن يطلب تسلم الموهوب بناء علي ماله من حق الملك فيه إذا كان لم يسلم إليه من قبل . والهبية إذا كان مشروطا فيها تأجيل التسليم فإن ذلك لا يبطلها ولا تأثير له في صحة انعقادها » .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٥/٢٣)

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٤٤ .

٨١ - ما يجب تسليمه :

يلتزم الواهب بأن يسلم الموهوب له نفس الموهوب بالحالة التي كان عليها وقت الهبة (م ٤٣١ مدني الواردة في البيع) ، وليس للموهوب له أن يطالب بشئ غير الموهوب ^(١) .

وإذا تغيرت حالة الموهوب ، لم يكن الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم وفقاً للمادة ٤٩٦ مدني (الواردة في البيع).

ويجوز للواهب أن يشترط في الهبة تسليم الموهوب في الحالة التي يكون عليها وقت التسليم أو في أية حالة أخرى ، ذلك أن الالتزام بتسليم الموهوب في الحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ليس من النظام العام ^(٢) .

ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالمقدار الذي عين في العقد ، فإذا نقص عن هذا المقدار ، لم يكن الواهب مسئولاً في هذا النقص إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم (م ٤٩٦ مدني الواردة في البيع) . وإذا زاد علي هذا المقدار ، وكان قابلاً للتبويض ، فالزيادة للواهب ، لأنها لم تدخل في الهبة والموهوب لا يضره التبويض. أما إذا كان الموهوب غير قابل للتبويض ، فالظاهر أن قدر الموهوب في هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً ، ولا مقابل للوصف ، فتكون الزيادة للموهوب له دون مقابل ^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ص ١٤١ .

(٢) السهوري ص ١٤٩ وما بعدها .

(٣) السهوري ص ١٥٠ .

وتتقادم الدعاوي الخاصة بمقدار الموهوب طبقا للقواعد العامة في مدة التقادم ، لأن التقادم بمدة السنة من وقت التسلم الفعلي المنصوص عليها في المادة ٤٣٤ مدني (الواردة في البيع) استثناء فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه .

ويشمل التسليم ملحقات الشئ الموهوب، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ ، وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء . وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . فقد نصت المادة ٤٣٢ (الواردة في البيع) علي أن : « يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

فالأصل أن ملحقات الشئ الموهوب تعين حسب قصد المتعاقدين ، فإذا لم يوجد اتفاق بينهما علي ذلك ، عينت الملحقات حسب طبيعة الشئ أو وفقا لعرف الجهة . ويعتبر من الملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ ، والحقوق المترتبة لخدمته كحقوق الارتفاق الإيجابية والحقوق والدعاوي المتعلقة به كحق ضمان العيوب الخفية ودعوي ضمان الاستحقاق .

غير أن الهبة لا تشمل الملحقات التي نص في العقد علي استبعادها منها (١) .

ومن ملحقات الشئ الموهوب ، الأوراق والمستندات المتعلقة به ،

(١) سليمان مرقس في عقد البيع ص ٣٥٣ .

كمستندات الملكية وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسري علي الشيء الموهوب وصورة من المستندات التي يستبقيها الواهب لتضمنها حقوقا أخرى غير حقوق الموهوب له .

وإذا كان الموهوب أرضا زراعية ، دخل في الملحقات الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام والمواشي والآلات الزراعية مما يعد عقارا بالتخصيص والمخازن وزرائب المواشي وبيوت الفلاحين والزراعات غير الناضجة ^(١) .

وقد نصت المادة ٢/٤٥٨ (الواردة في البيع) علي أن للمشتري ثمر البيع وغاؤه من وقت تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

وعلي ذلك يلتزم الواهب بأن يسلم الموهوب له ثمار البيع التي ينتجها من وقت العقد ، وإذا كان الواهب قد استهلكها من غير حق وجبت قيمتها ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « تنص المادة ٢/٤٥٨ من القانون المدني علي أن « للمشتري ثمر المبيع وغاؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » ، مفاد ذلك أن المشتري يملك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير

(١) السنهوري ص ١٥٨ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسي ص ١٤٢ - محمود جمال الدين زكي ص ١٤٤ .

مؤجل يستوي في ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلي المشتري أو تراخي انتقالها إلي وقت لاحق » .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٠)

٢- « مؤدي نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني ، أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلي المشتري من تاريخ إبرام البيع ، فيمتلك المشتري الثمرات والثمار في المنقول والعقار علي السواء ، مادام البيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد ، وذلك مالم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوي في بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلي المشتري ، ولو لم يسجل العقد » .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣)

٣- « مؤدي نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلي المشتري من تاريخ إبرام البيع فيمتلك المشتري الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوي في بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل . لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق في تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتي تاريخ انتقال ملكيته إلي الطاعنين ولا يكون للآخرين طلب إلزامهم بدفع الربح عن تلك الفترة ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه صائباً إذا التزم هذا النظر » .

(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

٨٢ - طريقة التسليم :

تنص المادة ٤٣٥ مدني (الواردة في البيع) علي أن : « ١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » .

فقد أوضحت المادة أن التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل التسليم علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء الموهوب . وهذا هو التسليم الفعلي ^(١) .

ويتضح من هذا النص أن تنفيذ التزام الواهب بالتسليم لا يقتضي أن يتسلم الموهوب له الشيء الموهوب فعلا بأن تنتقل إليه حيازته ، ويعني آخر لا يقتضي أن يعقبه تسليم ^(٢) . وإذا كان التقادم لا يبدأ إلا من

(١) السهوري ص ١٥٦ .

(٢) ويطلق البعض على التسليم الذي لم يعقبه تسليم في بعض الأحيان تسليما قانونيا ، تمييزا له عن التسليم الفعلي الذي يعقبه التسليم (الدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات في القانون المدني العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار ١٩٥٦-١٩٥٧ ص ١٣٦ .

تاريخ الحيازة ، فإن مدة التقادم لا تبدأ إلا إذا أعقب التسليم تسلم ،
ومن تاريخ هذا التسلم ^(١) .

وبذلك يتم التسليم بتوافر عنصرين .

العنصر الأول :

هو وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته
والانتفاع به دون عائق ، فإذا كان الشيء الموهوب وحدة سكنية يسكنها
الواهب ، وجب عليه أن يخليها ويخرج ماله من أثاث وأمتعة منها .

وإن كانت أرضا زراعية وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله من
مواشي وآلات ونحو ذلك ثم يأتي بعد ذلك تمكين الموهوب له من
الاستيلاء علي الموهوب . أما إذا وجد عائق يحول بين الموهوب له
وحيازة الموهوب والانتفاع به ، فإن البائع لا يكون قد نفذ التزامه
بالتسليم ، سواء كان العائق راجعا إلي فعل الواهب نفسه ، كما لو
استمر في سكني الوحدة السكنية أو استمر في زراعة الأرض الموهوبة ،
أو كان العائق راجعا إلي فعل الغير بحق (تعرض قانوني) أو بغير حق
(تعرض مادي) فلا يكون الواهب قد نفذ التزامه إذا وجد من يضع يده
علي الموهوب غصبا أو مدعيا خفا إلا أن يكون الحق الذي يدعيه شاغل
العين نافذا في حق المشتري كحق المستأجر الذي يثبت تاريخ إيجاره قبل
البيع وكثيرا ما يكون مجرد إخلاء العقار منظويا في الوقت ذاته
علي تمكين الموهوب له من الاستيلاء علي الموهوب . ولكن قد يقتضي

(١) السنهوري ص ٨٩ وهامش (٣) .

الأمر أن يسلم الواهب الموهوب له مفاتيح الدار حتي يمكن من دخولها أو مستندات ملكية الموهوب حتي يتمكن من التصرف فيه ، أو عقود الإيجار الواقعة علي العين ليتمكن الموهوب له من التعامل مع مستأجريها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- « مفاد نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلي بل افترض تمام التسليم متي توافر عناصره ولو لم يستول المشتري علي المبيع استيلاء ماديا . فيكفي لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانوني مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع بإعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم في هذه الحالة حكما أو معنويا . لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائعا من الأدلة المطروحة عليه أن مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفقتهم مستأجرين للأطيان التي اشتراها الطاعن وهو ما كان مطروحا علي المحكمة مما يوجب أن تقول كلمتها فيه وإذ قضى بإجابة الطاعن إلي تسليمه الأطيان المباعة علي أن يكون التسليم حكما فإنه يكون وافق صحيح القانون » .

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

٢- « المقرر في قضاء محكمة النقض أن مناط التزام البائع بتسليم العين المباعة تسليمها فعليا إلي المشتري أن يكون البائع هو حائزها

الفعلي بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان علي هذا التسليم
الفعلي في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه .»

(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩)

العنصر الثاني :

هو إعلام الواهب الموهوب له بأن الموهوب قد وضع تحت تصرفه ولا
يكفي مجرد علم الموهوب له بأن الموهوب قد أصبح تحت تصرفه بل يجب
أن يكون علمه بذلك ناتجا عن إخطار البائع له . وهذا القول واضح من
عبارة النص ومن الأعمال التحضيرية فقد كان المشروع التمهيدي للعادة
٤٣٥ مدني يقول « مادام (المشتري) يعلم أن المبيع قد أصبح تحت
تصرفه » . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة
« مادام البائع قد أعلمه بذلك » ، وقصد بهذا التعديل ضبط
الحكم^(١) .

ولا يلزم لهذا الإعلان شكل خاص ، فهو يتم بكافة الطرق ، ولا يلزم
فيه إعلان رسمي . فإذا توافر العنصران فإن الواهب يكون قد نفذ
التزامه بالتسليم ولو لم يكن الموهوب له قد استولي علي الموهوب
استيلاء ماديا ، أي بحيازة الموهوب له .

فالتسليم مهما كانت طبيعة الموهوب تتم بالأمرين السابقين . ولكن
طرق التسليم أو كيفية وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له تختلف
باختلاف نوع الشيء المراد تسلمه . وقد اكتفي المشرع في بيان طريقة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٧٠ .

وضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له بقوله في المادة ٤٣٥ مدني بأن يحصل التسليم « علي النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ المبيع »^(١).

ويعتبر أيضا من قبيل التسليم القانوني في هذا المعني إعدار الموهوب تسلم الموهوب ، فقد نصت المادة ٤٣٧ مدني (الواردة في البيع) علي أنه : « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » .

وإعدار الموهوب له يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، كما يجوز أن يكون مترتبا علي وجود اتفاق في عقد البيع يقضي بأن يكون المشتري معذرا بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة إلي إجراء آخر (م ٢١٩ مدني)^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

« متي كانت محكمة الموضوع إذ عرضت في أسباب الحكم لبحث مدي قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلي أنه عرض علي المشتري المبيع عرضا حقيقيا ونفت عنه شبهة التقصير في الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن ف سجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل علي

(١) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ١٦٧ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقس في عقد البيع ص ٣٤٠ .

الرغم من عرض البيع عليه عرضا حقيقيا ، فإنه يكون غير منتج النعي علي الحكم بأنه يجب الوفاء بالتزامين في وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت علي تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/١٣)

أما تسليم المنقول فيكون عادة بالتسليم المادي أي المناولة . ولكن التسليم في المنقول قد يتم بطريقة رمزية كتسليم مستندات الإيداع إذا كان المنقول في أحد المخازن العمومية أو بتسليم الموهوب له مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أي مكان آخر يحتوي علي هذا المنقول ، طالما أن المنقول لا يكون في يده .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

« حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا في اليد ، وليست بذاتها دليلا قاطعا علي حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلا في خوزة من يدعي حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوي مما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع علي أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعني أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولا بد حائزا فعلا لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط علي الخزانة مستأثر بالتصرف في فراغها ، ومن ثم كانت العبرة في كل دعوي بطروفيها الواقعية ، فحيث تدل هذه الظروف

علي أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطا فعلا علي ما فيها جاز
اعتباره جانزا وإلا فلا. وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأي
في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة
محكمة النقض .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٣٠)

غير أن التسليم الرمزي أضعف في قوته من التسليم الفعلي.
فقد نصت المادة ٩٥٤ مدني (السواردة في الحيازة) علي أن :
« ١- تسليم السندات المعطاه من البضائع المعهود بها إلي أمين النقل
أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢- » علي أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة
ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم
البضاعة».

وقد يكون التسليم حكما ، وهو ما تطلق عليه المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدي تعبير التسليم المعنوي. ويكون التسليم الحكمي
بمجرد تراضي المتعاقدين وذلك بالاتفاق علي تغيير صفة الحيازة . فقد
نصت المادة ٢/٤٣٥ مدني علي أن : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد
تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان
البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية » .

فالتسليم الحكمي له صورتان :

الصورة الأولى :

أن يكون الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة بإجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن أو نحو ذلك ، ثم تقع الهبة فيكون الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت صدور الهبة ، ولا يحتاج إلي استيلاء مادي جديد ليتم التسليم وإنما يحتاج إلي اتفاق مع الواهب علي أن يبقى الموهوب في حيازته كمالك له عن طريق الهبة وليس بالصفة السابقة .

البصورة الثانية :

أن يبقى الموهوب في حيازة الواهب بعد الهبة ، ولكن لا كمالك فقد خرج من ملكيته بعقد الهبة بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهنا حيازيا أو غير ذلك أي بعقد جديد يبرم بين الطرفين .

وهذا النص ليس إلا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ مدني علي أنه : « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ، ولكن لحساب نفسه » .

٨٣ - زمان ومكان التسليم :

تنص المادة ٤٦٣ مدني الواردة في البيع علي أن : « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب علي المشتري أن

يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

فالأصل أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد الهبة ، إلا إذا اتفق الطرفان علي زمن معين للتسليم . أو جري العرف علي حصول التسليم في وقت معين أو اقتضت طبيعة الموهوب شيئاً من الوقت لتسليمه ، كما إذا كان الموهوب شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن الواهب سيحصل علي المقادير الموهوبة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للموهوب له فإن طبيعة الموهوب تقتضي أن يتأخر التسليم وقتاً معقولاً لا يتيسر فيه للواهب الحصول علي المقادير الموهوبة من السوق . أو إذا أمهل القاضي الواهب في تسليم الموهوب إلي وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإمهال .

وقد قضت محكمة النقض - بصدده عقد البيع- بأن :

١- (أ) - « إن التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع ، بل هو أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه . »

(ب) - « إن المادة ٢٧٧ من القانون المدني تنص علي أن يكون تسليم المبيع في الوقت الذي عين لذلك في العقد وإلا ففي وقت البيع مع مراعاة المواعيد التي جري العرف عليها . »

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٢- « تحديد اليوم الذي يعتبر فيه البائع متخلفا عن التوريد وبالتالي ملزما بالتعويض إنما يكون باستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه محكمة الموضوع من أوراق الدعوي وظروفها » .
(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٢)

٣- « المقرر وفقا لنص المادة ٤٣١ من القانون المدني وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التي تقع علي عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع ولو كان الثمن مؤجلا مالم يتفق الطرفان علي غير ذلك » .
(طعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

أما مكان التسليم ، فالأصل أن البائع يلتزم بتسليم الموهوب إلي الموهوب له في المكان الذي يحدده لذلك .

فإذا وجد الموهوب في الوقت الذي يجب فيه التسليم في مكان آخر غير المكان المتفق علي أن يتم التسليم فيه ، وجب علي الواهب أن ينقل الموهوب إلي المكان المتفق عليه .

أما إذا لم يتفق المعاقدان علي المكان الذي يتم فيه التسليم فإنه يجب طبقا للقواعد العامة التفرقة بين حالتين .

الحالة الأولى :

إذا كان الموهوب شيئا معيناً بذاته ، فإنه يجب تسليمه في المكان

الذي وجد فيه وقت العقد أو ذكر في العقد أنه موجود فيه فإن كان مكان وجوده غير معين فإن تسليمه يكون في موطن الواهب أو في مركز أعماله إذا كانت الهبة متعلقة بهذه الأعمال فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدني علي أن: « إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » .

الحالة الثانية :

إذا كان المبيع غير محدد بذاته بل بنوعه ، أو حقاً من الحقوق الأخرى ، فإن التسليم يكون في موطن الواهب أو في مركز أعماله إذا كانت الهبة متعلقة بهذه الأعمال .

وفي هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٧ مدني علي أن : « أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » .

أما إذا اتفق علي أن يتولي الواهب تصدير الموهوب إلي الموهوب له ، افترض القانون بنص المادة ٤٣٦ أن المقصود بذلك أن يكون التسليم في موطن الموهوب له ، ولا يتم التسليم إلا إذا وصل الموهوب إلي الموهوب له في محله ، مالم يتبين أن الطرفين قصدا غير ذلك .

٨٤ - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

تنص المادة ٢٠٣ مدني علي أن: « ١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ علي تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متي كان ذلك ممكناً . فإذا أخل الواهب بالتزامه بالتسليم كان للموهوب له طلب التنفيذ العيني متي كان ممكناً ، وللموهوب له أن يطالب بتعويضات إذا كان عدم تنفيذ الالتزام مبنياً علي تقصير من الواهب . ويجوز له رفع دعوي فسخ عقد الهبة إذا كانت له مصلحة في ذلك كما إذا كانت الهبة بعوض وأراد عدم الوفاء بدفع العوض . »

غير أنه يحول دون ما تقدم أن يكون للواهب حق الرجوع في الهبة واستعمل حقه في الرجوع.

٨٥ - نفقات الهبة بما فيها نفقات التسليم :

لم ينص القانون علي التزام الموهوب له بأداء نفقات الهبة ، والتي يدخل فيها نفقات التسليم .

وكانت المادة ٦٧٨ من المشروع التمهيدي تنص علي أن :

« نفقات الهبة علي الموهوب له ، يدخل في ذلك مصروفات العقد ورسوم « الدمغة » والتسجيل ، وما يصرف في تسليم الشيء الموهوب وتسليمه ونقله ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف »- وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي^(١) تفسيراً لها : « تحدد هذه النصوص التزامات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٧٩ .

الموهوب له ، والأصل أن هذا لا يلتزم بشئ ، لأن الهبة تبرع له ، إلا أن المشروع قد فرض أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة من كتابة ورسوم دمغة ورسوم تسجيل وغير ذلك « ومصروفات ورسوم التسليم علي نحو ما يلتزم به المشتري ، بل ومصروفات التسليم أيضا (وهي التي يلتزم بها البائع لا المشتري) تفسيراً للهبة في أضيق حدودها ، ولكن هذا لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق علي أحكام أخرى ، كأن يتحمل الواهب مصروفات التسليم بل ومصروفات العقد والتسلم . « إلا أنه في لجنة المراجعة بمجلس النواب اقترح حذفها لأنها مستفاده من القواعد العامة، فوافقت اللجنة علي ذلك ^(١) .

غير أن القواعد العامة تقضي بالحكم العكسي لأن نفقات الوفاء تقع علي المدين (مادة ٣٤٨) وهو هنا الواهب . ولا مفر من تطبيق هذه القاعدة فيما يتعلق بمصاريف التسليم ^(١) .

ولكن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق علي خلافه .
وبصح أن يكون هذا الاتفاق صراحة أو ضمنا ويسهل استخلاص هذا الاتفاق ضمنا من ظروف الهبة .

أما فيما يتعلق بمصاريف نفقات عقد الهبة من مصروفات العقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٧١ الهامش .

(٢) أكلد الخولي ص ١٦٠ .

وأتعاب المحامي رسوم الدمغة والتسجيل ومصروفات تسلم العين
الموهوبة فإنها تقع علي عاتق الموهوب له ، وذلك تفسيراً للهبة في
أضيق حدودها فلا يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل وبين
تحمل هذه المصروفات ^(١) .

والغالب عملاً أن تتجه إرادة الطرفين إلي إلقاء نفقات الهبة جميعاً
علي عاتق الموهوب له بما في ذلك مصاريف التسليم ^(٢) .

(١) السنهوري ص ١٧٦ - كمال حمدي ص ١٧١ .

(٢) أكثم الخولي ص ١٦٠ .

(الالتزام الثالث)

(ضمان التعرض والاستحقاق)

٨٦- النص القانوني :

المادة (٤٩٤) مدني :

« ١- لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضا عادلا عما أصابه من الضرر . وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. كل هذا ما لم يتفق علي غيره .

٢- وإذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي » .

٨٧- عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب :

الأصل الذي نصت عليه المادة ٤٩٤ مدني أن الواهب لا يضمن استحقاق الشيء الموهوب ولا يلزم بالتعويض عن عدم انتقاله إلي الموهوب له نتيجة هذا الاستحقاق .

وقد قصد من هذا الحكم التخفيف علي الواهب وهو الذي ينزل عن ماله دون مقابل ^(١) .

ولا يكون للموهوب له الذي يحصل التعرض له أن ينزع منه الشيء الموهوب إلا أن يستعمل بصفته خلفا للواهب ، الدعاوي التي للواهب قبل من تلقي حقه منهم كما سنري .

(١) أكرم الخولي ص ١٥٥ .

استثناءان من عدم ضمان الواهب

استحقاق الشيء الموهوب

٨٨ - الاستثناء الأول :

حالة تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق :

استثنت الفقرة الأولى من المادة من عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، حالة تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق .

ذلك أن مقتضيات العدالة حدودها حسن النية ، بل إن مجاوزة هذه الحدود يتنافى مع غرض السياسة القانونية . فمن ارتكب غشا عليه تحمل نتائجه ، وإلا كان التيسير على الواهب سببا لاضطراب المعاملات ، وتشجيعا للإضرار بالغير ، ولذلك ألزم الواهب بضمان الاستحقاق إذا تعمد إخفاء سببه (١) .

ولا يكفي في ذلك أن يقرر الواهب للموهوب له أنه يملك الموهوب ، بل يجب أن يتعمد إخفاء سبب الاستحقاق ، كأن يخفي مستندا يثبت حق الغير في الموهوب ، أو يطمس علامات ظاهرة لحق ارتفاق على العقار الموهوب . ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذي ارتكبه ، فهو مسئول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش .

والتعويض الذي نصت عليه المادة المذكورة هو التعويض العادل لما أصاب الموهوب له من ضرر ، والذي يقدره القاضي بحسب الظروف .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٦ .

والذي يعوضه بوجه خاص عما تحمل من خسارة بسبب الاستحقاق . فلم يشأ الشارع أن يعامل الواهب طبقا للقواعد العامة بحيث يكون مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بناء على تعمده إخفاء سبب الاستحقاق ، مراعيًا في ذلك أن الواهب هو بالرغم من ذلك متبرع (١) .

وكان المشروع التمهيدي يترك هذه الحالة للقواعد العامة . وكان من مقتضي هذه القواعد أن يكون الواهب مسئولا عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ، لأنه تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ومسئولية الواهب إنما تكون عن الغش الذي ارتكبه ، فهو مسئول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغش ، سواء كان متوقعا أو غير متوقع » (٢) . إلا أنه في لجنة المراجعة تعدل الحكم في هذه الحالة بجعله قاصرا على التعويض العادل حتي لا تسري أحكام استحقاق المبيع كلها فوافقت اللجنة علي ذلك » (٣) .

وواضح أن القانون لم يوجب الضمان علي الواهب إلا في حالة ثبوت غش من جانبه بأن تعمد إخفاء سبب الاستحقاق فحدد مسئوليته في

(١) المنهوى ص ١٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٧٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٦٧ .

نطاق الخطأ العمدي ، بينما قرر في المادة ٤٩٦ قاعدة عامة مقتضاها « لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم » ، وبذلك يكون تحديد مسئوليته في نطاق ضمان الموهوب عن الفعل العمد وحده استثناء من هذه القاعدة الخاصة بالهبة ، ومن ذلك المبدأ العام الذي أخذ به التقنين في مختلف المواضع في التسوية بين الغش والخطأ الجسيم (م ٢/٢١١ ، ٢/٢١٧ ، ٢/٢٢١ ، ٢٢٥ مدني) .

ويري البعض أن هذا لا يمنع - من الناحية العملية - من اعتبار جسامه الخطأ قرينة قضائية علي طابعه العمدي - هذا فضلا عن أن الخطأ العمدي هنا ليس معناه تعمد الإضرار بالموهوب له بل يكفي لقيامه علم الواهب بقيام سبب الاستحقاق أو بوجود العيب وتعمد إخفاء السبب أو العيب ولو لم يكن ذلك بقصد الإضرار بالموهوب له ^(١) .

٨٩ - الاستثناء الثاني :

إذا كانت الهبة بعوض :

يستثنى من قاعدة عدم ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب ، الحالة التي تكون فيها الهبة بعوض .

ويشمل هذا الاستثناء حالة ما إذا كان الواهب قد فرض علي الموهوب له التزامات أو شروطا في مقابل الهبة .

(١) أكتف الخولى ص ١٥٩ هامش (١) .

زني هذه الحالة يكون الواهب ضامنا للاستحقاق ولو كان يجهل سببه، ولكنه لا يكون مسئولاً إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض. أما إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق فإنه يكون مسئولاً عن كل الضرر الذي أصاب الموهوب له، ولو جاوز العوض علي النحو الذي أوضحناه في الاستثناء الأول^(١).

ومعني ذلك أن الواهب يضمن الاستحقاق إذا أدى إلي إنقاص قيمة الموهوب عن قيمة العوض الذي أداه الموهوب له، ويقدر هذا النقصان، أي أن الواهب يضمن خسارة الموهوب له نتيجة للاستحقاق. وليس في هذا الحكم خروجاً علي مبدأ عدم ضمان الواهب للحق الموهوب ولا مخالفة لكون الهبة بعوض تخضع خضوعاً تاماً لأحكام الهبة فالواهب يضمن خسارة الموهوب له بسبب الاستحقاق لا لأن الهبة بعوض تعتبر معاوضة في حدود العوض وهبة في الباقي بل لأن الطرفين إن جاز أن يتصوراً ألا تحقق الهبة غنماً للموهوب له فإنهما لم يتوقعا ولم تنصرف إرادتهما مطلقاً إلي أن تكون الهبة مصدر خسارة للموهوب له^(١).

وفي غير هاتين الحالتين، أي حتي ولو لم يخف الواهب سبب الاستحقاق ولم تكن الهبة بعوض، يعرض الواهب الموهوب له ما تحمله من خسارة كمصروفات دعوي الاستحقاق ومصروفات عقد

(١) محمد كامل مرسى ص ١٤٥.

الهيئة، إذا ثبت علي الواهب الفعل العمد أو الخطأ الجسيم أي إذا كان يعلم أن الشيء الموهوب غير مملوك له أو كان عدم علمه بذلك يرجع إلي خطأ جسيم في جانبه وذلك تطبيقاً للمادة ٤٩٦ مدني لا تطبيقاً لقواعد ضمان الاستحقاق (١).

٩٠ - حلول الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي :

بعد أن نصت المادة ٤٩٤ مدني في فقرتها الأولى علي حالتي ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب أردفت في فقرتها الثانية أنه : « وإذا استحق الشيء الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي » .

وقد وردت عبارة « وإذا استحق الشيء الموهوب » عامة ، وبالتالي فإنها تشمل كافة الحالات التي يستحق فيها الشيء الموهوب ، أي سواء في الحالتين السابقتين أو في غيرهما . فيحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي ، ذلك أنه لئن كان الواهب لا يضمن ذات الموهوب فلا أقل من أن تنتقل حقوق ودعاوي الواهب بسبب الاستحقاق أو العيب إلي الموهوب له . وهذا تفسير دقيق لإرادة الواهب الذي قصد

(١) السنهوري ص ١٦١ هامش (١) - محمود جمال الدين زكي ص ١٤٨ وما بعدها - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ١٤٥ فيذهب إلي أنه : « وينبغي علي كون الواهب ليس ملزماً بالضمان إلا في الحالتين المشار إليهما أن الموهوب له لا يكون له أن يطالبه بدفع رسوم الدعاوي .

أن ينقل إلي الموهوب له حقوقه علي الشئ الموهوب بحالتها وقت الهبة ، كما أن هذا الحكم هو مقتضى انتقال الملكية إلي الموهوب له بالهبة .

وقد نصت المادة ٢/٤٩٤ مسدني علي هذا الحكم في ضمان الاستحقاق وتضرب المذكرة الإيضاحية مثالا لذلك أن يكون الواهب قد باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه فإن الموهوب له يحل محل الواهب في حق قبضه ^(١) .

ويشمل النص حقوق الواهب قبل سلفه الذي تلقى عنه الحق ، كأن يكون قد اكتسب الشئ بالشراء فيكون البائع له ضامنا لاستحقاق الشئ.

ومع أن النص السابق قاصر علي ضمان الاستحقاق فإن حكمه يسري علي حالة العيب لأنه ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة ونتيجة لانتقال الحق إلي الموهوب له .

وعلي ذلك تنتقل دعاوي الواهب بسبب العيب إلي الموهوب له ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٧٣ - أكتف الخولي ص ١٥٧ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ١٤٦ - أكتف الخولي ص ١٥٧ .

٩١ - هل يضمن الواهب التعرض الصادر منه ؟

اقتصر نص المادة ٤٩٤ مدني على تنظيم ضمان الواهب لاستحقاق الموهوب ، وتحديد مسؤوليته الناشئة عن هذا الضمان ، ولكنه أغفل ضمان التعرض إغفالا تاما بينما نص عليه في عقد البيع وألزم به البائع . ولذا يرى الفقه أنه لا مناص من تطبيق الأحكام العامة في العقود، فوق الاستعانة بالنصوص الخاصة بعقد الهبة ^(١) .

والتعرض قد يكون من الغير ، وقد يكون من نفس الواهب . وتعرض الغير قد يكون لسبب سابق علي عقد الهبة وقد يكون لسبب لاحق لإبرامه . وفي كلتا الحالتين يجب على الواهب إذا أخطر بالدعوى أن يتدخل فيها إلى جانب الموهوب له .

أما التعرض الحاصل من نفس الواهب ، سواء كان تعرضا ماديا أو قانونيا فغير جائز لأن ذلك نقض للعقد أو تعديل له . فإذا كان الواهب غير مالك للعقار الموهوب ، ثم اشتراه بعد الهبة أو تملكه بالتقادم لا يجوز له استرداده من الموهوب له . ويعتبر تعرضا من الواهب تعرض أجنبي لسبب لاحق على عقد الهبة كما إذا باع الواهب العقار الموهوب بعد الهبة وسجل المشتري عقده - قبل تسجيل الموهوب له ، فإنه يكون ضامنا لهذا الأخير وعليه له التعويض كاملاً ^(٢) .

(١) السهوري ص ١٥٨ - محمود جمال الدين زكي ص ١٤٧ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ٤٨ .

(الالتزام الرابع)

(ضمان العيب)

٩٢- النص القانوني :

المادة (٤٩٥) مدني :

" ١- لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب.
٢- على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب ، أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب ، كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب . ويكون كذلك ملزما بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض ، على ألا يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا التعويض " .

٩٣- القاعدة العامة عدم ضمان الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٤٩٥ مدني تنص على أن :
" لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب " .
فالقاعدة العامة أو الأصل أن الواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب ، وذلك لذات الحكمة من عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب ، وهي التخفيف على الواهب باعتباره متبرعا في الهبة ، وتفسيرا لقصد نقل الشيء الموهوب بحالته. غير أن الفقرة الثانية من المادة أتت بثلاثة استثناءات على هذه القاعدة العامة، جعلت فيها الواهب ضامنا خلو الشيء الموهوب من العيب .

وهي :

١- أن يتعمد الواهب إخفاء العيب .

٢- أن يضمن الواهب خلو الشيء من العيوب .

٣- أن تكون الهبة بعوض .

ونعرض لهذه الحالات بالتفصيل فيما يلي .

٩٤- الحالات التي يلزم فيها الواهب بضمان خلو الشيء الموهوب من العيب :

١- أن يعتمد الواهب إخفاء العيب :

يشترط أن يعتمد الواهب إخفاء العيب ، فلا يكفي أن يكون الواهب عالما بالعيب بل يجب أن يعتمد إخفاءه . فإذا كان عالما بالعيب ولكنه لم يعتمد إخفاءه ، لم يجب عليه الضمان .

ويجب في العيب الذي يضمنه الواهب أن يكون قلبيًا مؤثرًا خفيًا لا علم للموهوب له به ^(١) .

٢- أن يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب .

وهذا الضمان يكون باتفاق بين الواهب والموهوب له . ويسرى هذا الضمان ولو كان الواهب لا يعلم بالعيب، وسواء كانت الهبة بعوض أو بغير عوض .

ولا يصل ضمان العيوب الخفية في الهبة إلى مستوى هذا الضمان في عقد البيع مراعاة لكون الهبة من عقود التبرع لا المعاوضة فالتعويض المستحق في هاتين الحالتين ، هو تعويض الموهوب له عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب ، وليس عن العيب ذاته أى لا يعرض الموهوب له عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب ^(٢) .

(١) محي الدين علم الدين ص ٤٤ .

(٢) السنهوري ص ١٦٥ - محمد كامل مرسى ص ٢٤٧ - محمود جمال الدين

زكى ص ١٥١ وما بعدها .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الموهوب منزلا آيلا للسقوط ، فسقط على أسرة الموهوب له آتيا عليها ، أو حيوانا مريضا سرت منه العدوى إلى ماشية هذا الأخير فنعتت عن آخرها ، كان الواهب مسئولاً ، عن الأضرار التي لحقت الموهوب له بسبب العيب . ولكنه لا يسأل عن العيب ذاته .

وتفصح عن ذلك الأعمال التحضيرية للقانون المدق ذلك أن الصيغة الأولى للمادة ٤٩٥ / ٢ كانت تقضى بمسئولية الواهب " إذا تعمد إخفاء العيب " عن الضرر الذى يلحق الموهوب له " بسبب العيب " فاستبدل بهذه العبارة الأخيرة ما هو مذكور فى النص حتى لا يكون العيب نفسه محلاً للتعويض ، بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب ^(١).

فقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب أنه: " كان النص الأصلي لهذه الفقرة ما يأتى : " على أنه إذا تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلل الشيء الموهوب من العيوب كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى يلحقه بسبب العيب " فاستبدلت اللجنة بعبارة " الذى يلحقه بسبب العيب " عبارة " الذى يسببه العيب " حتى لا يكون العيب نفسه محلاً للتعويض بل يكون التعويض عن الضرر الذى يسببه العيب " .

٣- إذا كانت الهبة بعوض أو فى مقابل التزامات وشروط فرضت على الموهوب له .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٩ .

ولا يشترط في هذه الحالة أن يعتمد الواهب إخفاء العيب أو يضمن خلو الموهوب من العيوب .

والواهب يضمن هنا الأضرار التي لحقت بالموهوب له بسبب العيب وكذلك نقص قيمة العين الموهوبة.

وهو يضمن في هذه الحالة بما لا يجاوز ما أداه الموهوب له من العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له .

أما إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمن خلو الموهوب من العيوب فإنه يضمن كل الضرر حتى لو جاوز العوض أو المقابل ^(١) .

ويلاحظ أن المادة ٤٥٢ مدني المتعلقة بتقادم دعوى ضمان العيب الخفي في عقد البيع بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع خاصة بعقد البيع وحده ، فلا تسرى على دعوى ضمان العيب الخفي في عقد الهبة ^(٢) .

٩٥- تعديل أحكام الضمان :

يجوز للواهب والموهوب له تعديل أحكام الضمان المنصوص عليها بالمادتين ٤٩٤ ، ٤٩٥ مدني ، وذلك بإنقاص مسؤولية الواهب أو بتشديدها . فهذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام .

ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان ولا على إنقاصه في حالة تعمد الواهب إخفاء العيب ^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ص ١٤٧ - السنهاورى ص ١٦٦ .

(٢) السنهاورى ص ١٦٦ ض ٢ .

(٣) السنهاورى ص ٧٦١ .

فقد جاء بذكر المشروع التمهيدي للتقنين المدق الجديد أنه :
" ويجوز الاتفاق على إسقاط الضمان وتخفيضه أو تشديده ، ولكن
لا يجوز للواهب أن يشترط إسقاط الضمان الذي يترتب على سوء
نيته " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٧٣ .

موضوع رقم (١٠)

(التزامات الموهوب له)

الأصل أن الموهوب له لا يلتزم بشئ في عقد الهبة ، لأن الهبة من عقود التسريع ، ومن ثم يكون عقد الهبة ملزما لجانب واحد هو الواهب . وفي هذه الحالة يفترض في كثير من الأحوال أن المتعاقدين قد أرادا أن يتحمل الموهوب له نفقات عقد الهبة ونفقات التسلم على نحو ما يلتزم به المشتري :

وإذا كانت الهبة يعوض أو بمقابل من التزامات أو شروط تفرض على الموهوب له ، فإن الموهوب له في هذه الحالة يلتزم بأداء هذا العوض أو المقابل ومن ثم تكون التزامات الموهوب له المحتملة التزامين :

١- الالتزام بأداء العوض أو المقابل .

٢- الالتزام بنفقات الهبة .

ونعرض ههنا للالتزامين فيما يلي :

(الالتزام الأول) (الالتزام بأداء العوض أو المقابل)

٩٦- النصوص القانونية :

المادة (٤٩٧) مدني :

" يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة " .

المادة (٤٩٨) مدني :

" إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشروط ، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب " .

٩٧- العوض المشروط في الهبة :

راجع بنود (٧٢ وما بعده) .

٩٨ - المطالبة بالعوض :

رأينا أن المادة ٤٩٧ مدني تنص على أن يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة .

وبذلك يكون للواهب الحق في اقتضاء العوض إذا هو قام بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الهبة . سواء كان هذا العوض مشروطاً لمصلحته أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة .

وكذلك في الهبة المقيدة ، يلتزم الموهوب له بتنفيذ القيد سواء كان في مصلحته ، أم في مصلحة نفس الواهب ، أم في مصلحة شخص ثالث . فالقيد كالعوض التزام ترتب بمقتضى العقد في ذمة الموهوب له ، وبالتالي تكون الهبة مثقلة بعبء مهما كان محله ، وأيا كان الشخص المستفيد منه ^(١) .

وينتقل حق المطالبة من الواهب إلى ورثته . ويجوز للأجنبي الذى اشترط عوض لمصلحته أن يطالب بأداء العوض ، وفقا للأحكام العامة في الاشتراط لمصلحة الغير لأنه هو المستفيد وله حق مباشر .

وإذا كان العوض مشروطا للمصلحة العامة جاز للواهب المطالبة بالعوض طوال حياته ، وجاز لمن يمثل هذه المصلحة المطالبة به . فإذا مات الواهب انتقل هذا الحق إلى ورثته .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تقصر حق المصلحة العامة في المطالبة بالتنفيذ على ما بعد وفاة الواهب .

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الحكم بأن الواهب يمثل المصلحة العامة طول حياته وهو الذى ينوب عنها في التنفيذ فإن مات كان للسلطة المختصة أن تطالب بالتنفيذ وقد حذفت هذه الفقرة لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ^(٢) .

(١) عمود جمال الدين زكى ص ١٥١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٧٥ وما بعدها .

ويرى البعض - بحق - أن قصر حق المصلحة العامة في التنفيذ على ما بعد وفاة الواهب مخالف للقواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير فلا محل للأخذ بحكم هذا النص الملغى ويكون للمصلحة العامة طلب التنفيذ مطلقاً^(١).

جزاء عدم تنفيذ الالتزام بأداء العوض :

٩٩ - التنفيذ العيني :

تنص المادة ١٥٧ مدق على أنه : " إذا لم يوف أحد المتعاقدين التزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى " .

وعلى ذلك إذا قام الواهب بتنفيذ التزامه من نقل ملكية وتسليم ، كان لمن له الحق في المطالبة بالعوض - بالتفصيل الوارد بالبند السابق - أن يطلب من الموهوب له أن ينفذ التزامه من الوفاء بالعوض أو الشروط المتفق عليها، فإذا امتنع الموهوب له جازت مطالبته بالتنفيذ العيني وإجبار الموهوب على أداء العوض عينا إذا كان ذلك ممكنا ، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا ، وجب على الموهوب له التعويض طبقا للقواعد العامة^(٢) .

(١) أكتم الخولى ص ١٦٢ .

(٢) وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ينص في المادة ٦٨٠ منه على أنه :

" ١ - إذا اشترط الواهب العوض لمصلحته ، وامتنع الموهوب له عن أدائه دون عذر مقبول ، للواهب ، أو لورثته من بعده أن يسترد الشيء الموهوب ، وفقا لأحكام الإثراء دون سبب ، وبالقدر الذي كان ينبغي أن يستعمل الشيء لأداء العوض .

١٠٠ - (ب) - الفسخ :

لم يضع القانون نصوصا خاصة بفسخ عقد الهبة بسبب عدم تنفيذ الالتزام الذى يقترب به ، ولذلك يجب تطبيق القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين المنصوص عليها فى المادة ١٥٧ مدنى - سالفه الذكر - سواء فيما يتعلق بشروط الفسخ أو آثار الفسخ .

فبالنسبة لشروط الفسخ تطبق القواعد العامة فى درجة الإخلال بالالتزام المبرر للفسخ فلا يجب طلب الواهب الفسخ " إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملة " ، غير أنه يلاحظ أن تقدير أهمية الإخلال لا يمكن أن تقتصر هنا على مقارنة موضوعية بجنة بل يجب أن يقف القاضى أساسا عند درجة أهمية الإخلال فى نظر الواهب نفسه . وإذا كان البحث الموضوعى يسوغ فى حالة البيع مثلا لعدم تغير ما يقصده الطرفان عادة فى كل البيوع (سبب فى) فإن الاقتصاد على هذا البحث الموضوعى فى الهبة غير مقبول لأن أهمية الالتزام المقترب بالهبة تختلف من واهب إلى آخر . وتقدير أهمية كل عنصر من عناصر التزام الموهوب له أمر شخصى بحث يجب أن يفتش عنه القاضى فى إرادة الواهب

٢ - ويكون الرد بدفع هذا المقابل نقدا ، حتى ولو لم ترد الهبة على نقود . على أنه يجوز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذ هو رد الموهوب ذاته فى الحالة التى يكون عليها وقت الرد " .

وفى لجنة المراجعة اقترح معالى السنهاورى باشا حذفها اكتفاء بالقواعد العامة فوافقت اللجنة على ذلك (بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٧٥) .

لا في مألوف التعامل (سبب مصلحي) . ويربط القضاء الفرنسي ربطا تاما بين الفسخ وأهمية الالتزام في نظر الواهب^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادتين ٤٨٦ ، ٤٩٧ من القانون المدق أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له استخدام المال الموهوب في أغراض معينة فإذا أخل بهذا الالتزام جاز للواهب - تطبيقا للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين - المطالبة بفسخ العقد لأن الهبة يعوض - وأيا كان المقابل - عقد ملزم للجانبين " .

(طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٩)

وبالنسبة لأثار الفسخ ، فإنها تخضع للقواعد العامة كذلك، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد الموهوب له الشيء الموهوب ، ويكون للفسخ أثر رجعي الذي لا يقتصر على المتعاقدين بل يتعداهما إلى الغير .

ولاشك في انطباق ذلك على الهبة المقترنة بالالتزام على الموهوب له أيا كان المستفيد هذا الالتزام^(٢).

-
- (١) أكرم الخولي ص ١٦٢ - محمود جمال الدين زكي ص ١٥٤ .
(٢) كانت المادة ٦٨٠ من المشروع التمهيدي تعطي لفسخ الهبة أثرا محددًا ، واشترطت لقبوله ألا يكون عند الموهوب له عذر مقبول لعدم التنفيذ .
كما كانت تشترط في استرداد الشيء الموهوب أن يكون بالقدر الذي كان ينبغي أن يستخدم الشيء لأداء العوض ، أي يعوض بقيمة العوض في كل الأحوال وذلك حتى لا يلحق الفسخ غنا بالموهوب له \
وأن يكون الرد بدفع هذا المقابل نقدا ، حتى لو لم ترد الهبة على النقود . -

والفسخ طريق يمهّد للواهب التخلص من هبة لم تحقق ما قصده منها .
ولا يقابله حق الموهوب له في التخلص من التزامه برد الشيء الموهوب^(١) .

١٠١ - من له طلب الفسخ ؟

يكون للواهب طوال حياته حق طلب فسخ الهبة لعدم تنفيذ الالتزام
وذلك أياً كان المستفيد من هذا الالتزام . ويثبت هذا الحق لورثة الواهب
بعد وفاته^(٢) .

= وأجازت للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذا هو
رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد .
وقد أحسن المشرع صنعا بالعلول عن هذه القاعدة لأنها تخالف مبدأ وحدة
الهبة بعوض واعتبار هبة تخضع لجميع قواعد الهبات ، كما يخالف ما استقر عليه
القضاء من عدم الحكم بفسخ الهبة بعوض إلا إذا كان الالتزام المفروض على
الموهوب له يرقى إلى مرتبة السبب في نظر الواهب (أكثم الخولي ص ١) .

(١) أكثم الخولي ص ١٦٤ - وكانت الفقرة الثانية من المادة ٦٨٠ من المشروع
التمهيدى تجيز للموهوب له " أن يتخلص من الالتزام بدفع هذه القيمة ، إذا
هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد . وأساس هذه
الرخصة أن التزام الموهوب له برد قيمة العوض حكم موضوع لمصلحته ولذلك
يستطيع أن يتنازل عنه وأن يختار الفسخ الكامل ، إذ جاء بمذكرة المشروع
التمهيدى: " ولما كان الحكم موضوعا لمصلحة الموهوب له ، فإن هذا يستطيع
أن يتنازل عنه وأن يختار الفسخ الكامل ، فيتخلص من الالتزام برد ما يقابل
العوض إذا هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد " إلا أن
المادة حذفت بأكملها كما أشرنا من قبل (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤
ص ٢٧ ، ٢٨٠) .

(٢) السنهاورى ص ١٧٢ - أكثم الخولي ص ١٦٢ هامش (١) - محمود جمال
الدين زكى ص ١٥٤ .

أما الأجنبي والمصلحة العامة فليس لهما إلا المطالبة بالتنفيذ العيني^(١) .
ولا يضيع الفسخ على الأجنبي حقه . إذا كان قد قبل الاشتراط
لمصلحته ، فيرجع بما يعادل العوض على الواهب إلا إذا كان الاشتراط
بالنسبة إلى الأجنبي تبرعا يجوز للواهب الرجوع فيه .

١٠٢ - حالة كون الموهوب أقل من العوض :

رأينا أن المادة ٤٩٨ مدني تنص على أنه إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل
من القيمة من العوض المشترط ، فلا يكون الموهوب له ملزما بأن يؤدي
من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب .

(١) السنهاوري ص ٧٢ - محمد كامل مرسى ص ١٥٧ - وقارن محمد على عرفه
في التقنين المدني الجديد ص ٤٣٣ فيذهب إلى أنه : " وبديهي أنه لمن تقرر
العوض لمصلحته مطالبة الموهوب له بالتنفيذ أو بالفسخ في حدود القدر
الذي كان ينبغي أن يستخدم لأداء العوض . ويتنقل هذا الحق من الواهب إلى
ورثته " .

وكانت المادة ٣/٦٨٠ من المشرع التمهيدى تضع قاعدتين استثنائيتين : الأولى:
أن الفسخ يمتنع إذا كان العوض يتمخض لمصلحة أجنبي . الثانية : أن ورثة
الواهب لا يكون لهم طلب الفسخ إذا كان العوض مشروطا لمصلحته عامة .
وعللت المذكرة الإيضاحية للقانون القاعدة الثانية بأن بالورثة مظنة إثبات
مصلحتهم في هذه الحالة .

وكانت الفقرة الثانية من المادة تجيز للموهوب له أن يتخلص من الالتزام بدفع
هذه القيمة إذا هو رد الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الرد .
وفي هذا مبالغة في حماية الموهوب له حتى في الحالات التي يختلف فيها عن تنفيذ
التزاماته .

وقد حذفت المادة ٦٨٠ بأجمعها اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال
التحضيرية جـ ٤ ص ٢٧٥ ، ٢٨٠) .

ومفاد هذا النص أن الالتزام برد العوض له حد أقصى هو قيمة الشيء الموهوب . فإذا تبين أن الشيء الموهوب أقل من قيمة العوض المشترك فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب .

وهذا الحكم خاص بالعوض بمعناه الذي تحدده المادة ٤٩٧ ، ولا شأن له بالالتزام الذي تفرضه الهبة لمصلحة الموهوب له ، وهو يقوم على إرادة المتعاقدين التي لم تتجه مطلقاً إلى أن تكون الهبة سبباً لافتقار الموهوب له ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد تكون الهبة بعوض ، فيكون العوض التزاماً في ذمة الموهوب له ، وهو عادة أقل من الموهوب ، فإذا تبين أنه أكثر في القيمة ، فلا يكون الموهوب له ملزماً أن يؤدي إلا بقدر قيمة الموهوب (م ٦٨١م من المشروع) " ^(٢) .

حالة إذا ما كان العوض وفاء لديون الواهب :

١٠٢ - النص القانونى :

الفقرة الأولى من المادة (٤٩٩) ملئى :

" إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه ، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة هذا ما لم يتفق على غيره " .

(١) أكرم الخولى ص ١٦١ - محمد على عرفه ص ٣٣٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٢٧٩ .

١٠٤ - حكم هذه الحالة :

قد يشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه . فإذا ورد الشرط في عبارة مطلقة ، انصرف إلى الديون ثابتة التاريخ^(١) التي كانت موجودة وقت الهبة ، لا التي وجدت بعد ذلك ، ما لم يتفق على غير ذلك وقد جاء الحكم المذكور تفسيرا للالتزام في أضيق حدوده لمصلحة المدين ، ومن تفسير الشك لمصلحة المدين (م ١٥١ مدني) .

فإذا لم يوف الموهوب له بهذه الديون واضطر الواهب إلى الوفاء بها كان له الرجوع على الموهوب له بما وفى . ولا يجوز لأصحاب الديون الرجوع مباشرة على الموهوب له بديونهم إذا لم يتم الوفاء بها إلا إذا كان الواهب قد اشترط لمصلحتهم إجبار الموهوب له أن يوفيههم هذه الديون^(٢) .

وإنما يرجعون بها على الواهب الذى له أن يرجع على الموهوب له . ويجب هنا إعمال نص المادة ٤٩٨ مدني من عدم التزام الموهوب له إلا بأداء قيمة ما يساوى قيمة المال الموهوب من الديون .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وقد يشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه ، فإذا ورد الشرط في عبارة مطلقة ، انصرف إلى الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ، لا التي وجدت بعد ذلك"^(٣) .

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٥ .

(٢) السنهورى ص ١٧٤ - محي الدين علم الدين ص ٤٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٨٠ .

الالتزام بوفاء الديون المضمونة بحق عيني على الشئ الموهوب :

١٠٥ - النص القانوني :

الفقرة الثانية من المادة (٤٩٩) مدني :

" وإذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب ؛ أوفى ذمة شخص آخر ، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك " .

١٠٦ - حكم هذه الحالة :

يبين من نص الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ مدني أنه إذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عيني (رهن رسمي أو رهن حيازة أو حق امتياز^(١)) أو حق اختصاص) ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فإن المشرع افترض - إلا إذا ثبت العكس - أن إرادة الطرفين تتجه إلى إلزام الموهوب له بوفاء الديون التي تضمنها حقوق عينية على الشئ الموهوب ولو كان المدين شخصا غير الواهب . وأساس هذا النص على ما أفصحت مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد :

" فالفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك "^(٢) . أى أن التزام

(١) أشارت إلى حق الامتياز المذكورة الإيضاحية للقانون المدني ويرى البعض أن هذه

الإشارة محل نظر (أكثم الخولي ص ١٦٤ ص ٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٨٠ - محمد كامل مرسي

الموهوب له يقوم على فكرة العوض الضمى المقرر لمصلحة المدين سواء كان هذا الدين هو الواهب أو شخصا غيره^(١).

وسواء افترض أن الموهوب له قد التزم نحو الواهب بأداء الدين المضمون بالحق العيني أو لم يفترض ذلك بأن اشترط الموهوب له في عقد الهبة عدم التزامه بالدين ، فإن الموهوب له باعتباره قد انتقلت إليه ملكية العين المثقلة بالحق العيني يكون مسئولا عن الدين نحو الدائن مسئولية عينية، وللدائن حق التتبع بفضل حقه العيني فيتقاضى الدين من العين الموهوبة . ويرجع الموهوب له عندئذ على المدين الأصلي إذا كان الدين في ذمة الغير . أما إذا كان الدين في ذمة الواهب ، ولم يشترط الموهوب له عدم التزامه به ، فإنه يكون بالنسبة إلى الدائن في موقف المحال عليه ، ويبقى الواهب ملزما هو أيضا بالدين حتى يقر الدائن هذه الحوالة وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٢٢ مدي^(٢). وإذا اشترط الموهوب له عدم التزامه بالدين ، ولكن اضطر إلى دفعه بموجب الحق العيني الذى ينقل العين الموهوبة ، فإنه يرجع في هذه الحالة على الواهب بما دفع.

(١) تنص هذه الفقرة على أنه : " فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقرارا " .

(٢) السنهاورى ص ١٧٥ .

ويعتبر ذلك كله تطبيقا للقواعد العامة^(١).

وهذا ما أفصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد بقولها :

" وإذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عيني (رهن رسمي ، أو رهن حيازة ، أو حق امتياز أو حق اختصاص) ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر، فالمفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهبة ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، فإذا وفى الموهوب له الدين ، وكان في ذمة شخص آخر غير الواهب ، رجع على المدين الأصلي بما وفاه عنه ، كما كان يرجع الواهب . والموهوب له ملزم على كل حال نحو الدائن بوفاء الدين كحائز للعقار، حتى له اشترط في الهبة ألا يكون ملتزما به ، ويرجع في هذه الحالة على الواهب ، إذا لم يشترط عدم التزامه بالدين، فإنه يكون بالنسبة للدائن في موقف المحال عليه ، ولكن المدين الأصلي يبقى ملتزما بالدين هو أيضا حتى يقر الدائن هذه الحوالة (أنظر م ٤٥٠ من المشروع)^(٢).

(١) السنهاورى ص ١٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٨٠ وما بعدها - وقارن عكس ذلك أحكام الخولى ص ١٦٥ . فيذهب إلى أنه لما كان الموهوب له معرضا لتتبع الدائنين كأى حائز للعقار فإن النص السابق يجب أن يفسر على أنه يقرر التزام الموهوب له شخصيا لا كحائز للعقار بوفاء الدين المضمون وهو ما يتفق تماما مع فكرة عوض الضمى كأسس لا لتزام الموهوب له وما تنطوى عليه من -

(الالتزام الثانى) (الالتزام بنفقات الهبة)

١٠٧ - من يلتزم بنفقات الهبة ؟

راجع بند (٨٥) .

= وجود اشتراط لمصلحة الدائن وكذلك يخضع التزام الموهوب له بأداء الدين للقواعد العامة فى الهبة بعوض فلا يلزم الموهوب له بأداء الدين إذا كانت قيمتها تتجاوز قيمة الشئ الموهوب .

وإذا كان الدين المضمون بالحق العيني الذى يتحمل الشئ الموهوب لشخص آخر غير الواهب فلا يرجع الموهوب له على المدين لأن هذا الرجوع لا يتفق مع فكرة العوض الضمنى التى يقوم عليها النص . هذا فضلا عن أن إجازة الرجوع على المدين تجعل النص السابق مجرد ترديد لحكم القواعد العامة فى حلول حائز العقار الموقف وفى انتقال الدعاوى إلى الموهوب له فى حالة الاستحقاق ، وهو مما لا يسهل التسليم به .

ويرى الدكتور محمود جمال الدين زكى ، ص ٥٦ أيضا أنه الحكم الوارد بالمذكرة الإيضاحية بأنه إذا وفى الموهوب له الدين وكان فى ذمة شخص آخر غير الواهب ، رجع على المدين الأصلي بما وفاه عنه كما كان يرجع الواهب ، محل شك كبير .

(الرجوع في الهبة)

موضوع رقم (١١)

(دراسة تمهيدية)

١٠٨ - الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية :

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حق الواهب في الرجوع في هبته ، لتعارض الآثار الواردة في موضوعها في موضوعها ، وانقسموا إلى ثلاثة آراء .

الرأى الأول :

رأى أهل الظاهر ورواية عن أحمد بن حنبل ، وهو أنه لا يجوز الرجوع في الهبة ، لأن الهبة ملك لازم ، فهي عقد تمليك منحز كالبيع فكما أن البيع يكون لازماً بعد تمامه فكذلك الهبة ، ولا يضر كون أحدهما بعوض والآخر بلا عوض .

وسندهم في ذلك حديث الرسول (عليه السلام) " العائد في هبته كالعائد في قبته " وفي رواية ثانية : " العائد في هبته كالكلب يعود في قبته " وفي رواية ثالثة: العائد في هبته كالكلب يقى ثم يعود في قبته " .

والعود في القىء حرام فكذلك الرجوع في الهبة.

الرأى الثانى :

رأى مالك وجمهور علماء المدينة والشافعى ورواية عن أحمد بن حنبل.

وهذا الرأى على أن الهبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها عدا هبة الوالد لولده . فللوالد أن يرجع فيما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن ، أو لم يستحدث ديناً ، وبالجملـة ما لم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأُم أيضاً أن ترجع فيما وهبت إن كان الأب حياً وقد روى عن مالك أنها لا ترجع^(١) .

وسند ذلك أن الرجوع يضار التملك والعقد لا يقتضى ما يضاذه بخلاف هبة الوالد لولده على أصله ، لأنه لم يتم التملك لكونه جزءاً له . وهذا الرجوع يسمى عند المالكية باعتصار الهبة . والمراد به أخذ الهبة قهراً .

وكذلك احتجوا بحديث " لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده " ، وفي رواية أخرى " لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد " ، ولأن الأب لا يتهم في رجوعه لأنه لا يرجع إلا للضرورة أو لإصلاح الولد^(٢) .

الرأى الثالث :

وهو رأى أبى حنيفة وأصحابه ، وقد أجمعوا على أن الهبة ملك غير لازم والأصل فيها جواز الرجوع ، إلا إذا قام ما نع من موانع الرجوع فيها وهى سبعة .

(١) بداية المنهند لابن رشد تحقيق أبو عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمد الجزء الثانى ص ٥٠٢ .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى الجزء السادس الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م ص ١٢٨ .

١- القرابة المحرمة . ٢- الزوجية .

٣- العوض .

٤- موت الواهب أو الموهوب له .

٥- هلاك الشيء الموهوب .

٦- خروج الموهوب من ملك الموهوب له .

٧- الزيادة المتصلة .

واستندوا في ذلك إلى أدلة من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضی الله عنهم والمعقول.

فالبسبة للكتاب ، استندوا إلى قوله تعالى :

{ وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها } .

والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال فإن الثالث تفسير مراد بقريئة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى { أو ردوها } ، لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض ، لأنه عبارة عن إعادة الشيء ، وذلك لا يتصور في الأعراض^(١).

أما عن السنة ، فقد استندوا إلى حديث الرسول (عليه السلام) :

" الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها " أى يعوض.

(١) محمد كامل مرسى ص ١٥٨ .

أما عن إجماع الصحابة فما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : " من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها" .

وأنه قد روى عن سيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر وأبى السرداء ، وفضالة ابن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم بمثل ما تقدم ، ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً^(١) .

وبالنسبة للمعقول : فإن الواهب إنما يهب لبواعث شتى ، فعد يعطى ابتغاء الثواب من الله أو لتحقيق مصلحة في الدنيا ، أو لأجل صلة رحم ، أو للمكافأة علي جميل سابق ، فإن كان للواهب غرض دنيوى من هبته نفسه لا تطيب بالهبة إذا لم يتحقق غرضه ، وإن كان غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت دون انتظار عوض دنيوى. لكن ذلك أمر خفى لا يمكن ضبطه ، إذا المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطى. فإذا طلب الرجوع فيما وهب علمنا أن له غرضاً دنيوياً فيما أعطى ، وإلا فلا ، وإذن فيكون ملك الموهوب بعد قبضه إياه ملكاً قلماً لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به ، وعلى ذلك فتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى^(٢) .

(١) البدائع ص ١٢٨ .

(٢) المرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم بك التزام التبرعات بمجلة القانون والاقتصاد السنة

وأما عن حديث " لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد " بروايته المختلفة ، فإنه محمول على ما لم يقصد به العوض جميعا بين الأدلة وأيضا فالحل أخص من الجواز ، ونفى الأخص لا يستلزم نفى الأعم ^(١) . وقد أجمع الفقهاء على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أى وجه الله لا يجوز لأخذ الرجوع فيها .

١٠٩ - الرجوع فى الهبة فى التقنين المدنى القديم :

اقتصرت المجموعة المدنية المُلغاة على بعض أحكام الهبة ، فبعد أن ذكرت فى المادة ٦٦/٤٤ أن الهبة من بين الأسباب التى تكتسب بها الملكية والحقوق العينية ، أوردت فصلا خاصا (هو الفصل الثانى من الباب الخامس) ونصت فيه فى المِواد (٤٨ - ٥٣ ، ٧٠/٧٦) على الأحكام الخاصة بشكل الهبة وعلى جانب يسير من أحكامها الموضوعية . ولم تتناول جواز الرجوع فى هبة من عدمه . ومن ثم كان يتعين الرجوع فيما لم ينص عليه التقنين ومن بينها أحكام الرجوع فى الهبة إلى قانون الأحوال الشخصية للواهب وذلك على أساس أن الهبة ملققة بالأحوال الشخصية وإن كانت بحسب بيعتها من الأحوال العينية لأن المِشْرَع لاحظ قيامها غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة فأخرجها فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية من اختصاص المحاكم المدنية - كما أخرجت الوصية والميراث - والى تطبيق التقنين المدنى والى ليس من شأنها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها ^(٢) .

(١) البدائع ص ١٢٨ - محمد كامل مرسى ١٥٨ وما عبقها .

(٢) أكرم الخولى ص ١٧٨ .

وما دام لم ينص القانون على مسائل الرجوع في الهبة فتطبق بالنسبة لها قانون الأحوال الشخصية . وأنه لا تعارض بين أحكام الشريعة وما تنص عليه المادة (٧٠/٨٠) من انتقال ملكية الأموال الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول ، فإن ذلك لا يستتبع ضرورة القول بعدم جواز الرجوع في الهبة ، إذ ليس ما يمنع قانونا من أن يتم العقد بإيجاب وقبول من الطرفين ، ويكون لأحدهما حق فسخه . وأن الشارع لم يضع نص المادة (٧٠/٤٨) إلا لغرض ظاهر ، وهو مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بشرط القبض لتمام الهبة علاوة على الإيجاب والقبول ، فلم يشترط هو القبض ومن جهة أخرى اشترط لتمام الهبة شرطا غير معروف في الشريعة الإسلامية ، وهو رسمية عقد الهبة ما لم يكن موصوفا بصفة عقد آخر ، وقد أتى بهذا الشرط من القانون الفرنسي . ولا يوجد ما يدل على أن غرض الشارع من الأحكام التي أوردها في المادة (٧٠/٤٨) هو عدم جواز الرجوع ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون إنسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرمل أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدا بسبب من أسبابها القانونية . أنا

(١) محمد كامل مرسى ص ٦ وما بعدها ، ص ١٧٩ وما بعدها .

الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات علي اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المنسوب إليه ديانة فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٤/٦/٢١ جلسة ١٩٩٤/٦/٢١)

٢- " إن مسائل الهبة فى نظر الشارع ليست كلها من الأحوال الشخصية ولا هي كلها من الأحوال العينية ومن ثم كانت الهبة محكمة بقوانين لكل مجاله فى التطبيق القانون المدنى فيما أورده من أحكام لها بالذات مكملتها بالأحكام العامة للالتزامات ، وقانون الأحوال الشخصية فى غير ذلك من مسائلها .

وإذا كان القانون المدنى لم يتعرض بتاتا إلى أمر الرجوع فى الهبة وليس فيما وضعه لها ولأسباب انتقال الملكية وزوالها من نصوص ، ولا فيما أورده للالتزامات من أحكام عامة ، ما يناهى الرجوع فى الهبة ، كان لا

مندوحة عن الرجوع في هذا الأمر إلى قانون الأحوال الشخصية ، سافرة كانت الهبة أو مستورة .

وعلى ذلك فالحكم الذى يقضى بوقف الفصل فى طلب ثبوت ملكية عين مبيعه بعقد يستر هبة رجس فيها البائع حتى تفصل جهة الأحوال الشخصية فى أمر الرجوع عن الهبة لا يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٤/٣)

٣- " و إذن فمضى كان الشيك الذى سلمه المطعون عليه إلى الطاعن بسبب زواج هذا الأخير بابنه الأول هو أداة وفاء، وقد تمت به الهبة فى ظل القانون المدنى القدم على ما قرره الحكم وأصبح المال الموهوب كله ملكا للطاعن بتنازل الزوجة إليه عن نصيبها فيه ، وكان الرجوع فى الهبة خاضعا فى ظل القانون المدنى القدم للشريعة الإسلامية وحكمها فى ذلك أن الرجوع لا يصح إلا برضاء الموهوب له أو بقضاء القاضى وكان قضاء القاضى فى ذلك منشئا للحق لا كاشفا له ، وكان الثابت أنه لم يحصل تراض على الرجوع فى الهبة كما لم يصدر بعد حكم به وما زالت الزوجية قائمة ، فإن المبلغ الموهوب المحجوز من أجله يكون مجرد دين احتمالى قد يترتب فى الذمة مستقبلا وقد لا يترتب أصلا فلا يصح وصفه من الآن بأنه محقق الوجود حال الأداء وبالتالي لا يجوز أن يكون سببا لتوقيع المحرز التحفظى " .

(طعن رقم ٤٣٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٢/١١)

موضوع رقم (١٢)

(الرجوع فى الهبة بالتراضى والتقاضى)

(أولاً)

(الرجوع فى الهبة بالتراضى)

١١٠- حكم الرجوع فى الهبة بالتراضى :

تنص الفقرة الأولى من المادة (٥٠٠) من التقنين المدنى على أنه :
" يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك " .
وقد ورد الرجوع فى المادة مطلقا ، غير مقيد إلا بقبول الموهوب له
هذا الرجوع .

ومعنى ذلك أنه يجوز الرجوع ولو كان هناك مانع من موانع الرجوع
فى الهبة قضاء أو لم يكن لدى الواهب عذر مقبول للرجوع . فإذا
تراضى طرفا الهبة على الرجوع فيها كان هذا صحيحا وترتب عليه
كل آثاره .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدنى أنه :

" وإذا طلب الواهب الفسخ وقدم لذلك عذر مقبولا ، فإن القاضى
بالسرغم من ذلك لا يحكم بالفسخ إذا وجد مانع من موانع الرجوع فى
الهبة ، بخلاف الفسخ بالتراضى ، فلا يحول بالبداهة دون مانع " .

ويعتبر تراضى الطرفين على الرجوع فى الهبة إقالة من الهبة تمت بإيجاب
وقبول جديدين شأن الإقالة من أى عقد آخر .

غير أن الإقالة في هذه الحالة لها أثر رجعي فتعتبر الهبة كأن لم تكن كما سنرى . وعلى هذا نصت المادة ٥٠٣ مدني^(١).

(١) وحال مناقشة مشروع التقنين المدني بمجلس الشيوخ اقترح مستشارى محكمة النقض والإبرام حذف المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ الخاصة بالرجوع في الهبة . وقد جاء عن ذلك بملحق تقرير لجنة القانون المدني ما يأتي: " اقترح حذف المواد من ٥٠٠ إلى ٥٠٤ الخاصة بالرجوع في الهبة " مادامت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية لم تعدل " فضلا عن انها "لا تسرى في حق غير المصريين ، لأنهم خاضعون لقانون جنسيتهم في خصوص الأحكام الموضوعية للهبة" ، ولم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح لأن نص المادة ١٦ مطلق ومقتضى إطلاقه إخراج الهبة بأسرها من نطاق القانون المدني لا إخراج الرجوع فحسب ، والحال في الواقع غير ذلك ، ولأسيما من حيث الاختصاص القضائي ، فالمحاكم الأهلية هي التي تفصل في جميع مسائل الهبة وفي الرجوع فيها ، بل وفي أهلية الواهب ، وليس للهبة في تصوير القانون المصرى من الاتصال بالميراث والروابط العائلية ما يبرر إدخالها في الأحوال الشخصية على نحو ما تفعل الشرائع الغربية ، بل لقد اختلفت المحاكم في جواز الرجوع في الهبة في مصر ، فذهبت بعض المحاكم إلى عدم جواز ذلك استنادا إلى قواعد القانون المدني، وذهبت أحكام أخرى إلى جواز ذلك وفقا لقواعد الشريعة، وأيدت هذا الرأي أخيرا محكمة النقض ، وقد أداء المشروع أن يحسم الخلاف بنصوص واضحة ، وترى اللجنة بعد ذلك وجوب حذف الإشارة إلى الهبات في المادة ١٦ من لائحة تنظيم المحاكم الأهلية عند تعديلها بمناسبة زوال المحاكم المختلطة، ويلاحظ من ناحية أخرى أن ورود قواعد الهبة في القانون المدني لا يستتبع وجوب تطبيقها على الأجانب ، فقد قن المشروع قواعد

.....

الأهلية . ولا يعنى ذلك تطبيقها على الأجانب ، لأن مرجع سريان الأحكام الموضوعية فى حق الأجانب هو قواعد الإسناد .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٨٤ وما بعدها) .

(ثانياً)

(الرجوع في الهبة بالتقاضي)

١١١- النصوص القانونية :

الفقرة الثانية من المادة (٥٠٠) مدني :

" فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع " .

المادة (٥٠١) مدني :

" يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة :

(أ) أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جرحاً كبيراً من جانبهِ .

(ب) أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(جـ) أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع ، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي " .

المادة (٥٠٢) مدني :

يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(أ) إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.

(ب) إذا مات أحد طرفي عقد الهبة .

(ج) إذا تصرف الموهوب له في الشئ الموهوب تصرفاً نهائياً ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

(د) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

(هـ) إذا كانت الهبة لذى رحم محرم .

(و) إذا هلك الشئ الموهوب في يد الموهوب له ، سواء أكان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه ، أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ، جاز الرجوع في الباقي .

(ز) إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة .

(ح) إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر " .

١١٢ - أحكام الرجوع في الهبة بالتقاضي :

إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة ولم يقبل الموهوب له ذلك، فلا يكون أمام الواهب إلا الرجوع عن الهبة بالتقاضي برفع دعواه إلى المحكمة المختصة ولكي يحكم القاضي بالرجوع في الهبة لا بد من توافر شرطين :

١- أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر مقبول وقد ورد بالمادة

٥٠١ أمثلة لهذا العذر . أى أن الإعذار الواردة بالمادة المذكورة- كما

سنرى - لم ترد على سبيل الحصر.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون (نظرة عامة) : "بل يشترط في الرجوع - إذا لم يرض به الموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه ، وأورد المشروع أمثلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية ، وهناك موانع للرجوع في الهبة نقلت عن الشريعة الإسلامية كما قتها قدرى باشا في كتابه عن الأحوال الشخصية" (١).

- ٢- ألا يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة وهذه الموانع سبعة ، وردت على سبيل الحصر في المادة ٥٠٢ مدق.
- ونعرض لهذين الشرطين بالتفصيل فيما يلي :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٤٢ .

(أولا)

الأعذار التي تبرر الرجوع في الهبة

الواردة بالمادة (٥٠١) مدني

الأعذار التي تبرر الرجوع في الهبة والتي نصت عليها المادة (٥٠١) مدني سبعة أعذار ، وقد وردت بالمادة على سبيل المثال لا الحصر ، كما سنرى ونعرض لهذه الأعذار فيما يلي .

١١٣- العذر الأول :

جحود الموهوب له :

نصت المادة ٥٠١ على هذا العذر في الفقرة (أ) منها بقولها :
" أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، أو نحو أحد من أقاربه ، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه " .
فالنص يفترض أنه يقع على عاتق الموهوب له التزاما حقيقيا بالاعتراف بالجميل نحو الواهب بل ونحو أقاربه، وجعل من الإخلال بهذا الالتزام عنرا مقبولا للرجوع في الهبة .
وكل ما اشترطه القانون هو أن يكون الإخلال بالالتزام على درجة من الجسامه بحيث يعتبر جحودا كبيرا . فهو قد وضع معيارا مرنا يواجه الحالات المتعددة والحوادث المختلفة ، وترك للقاضي في كل حالة تقدير ما يعتبر من الموهوب له جحودا كبيرا .

ولا يشترط أن تكون الإساءة التي تكشف عن الجحود الكبير ، مما يكون جريمة جنائية فأية إساءة بالغة تكفى لتكون جحودا كبيرا من الموهوب له .

وبالعكس قد يرتكب الموهوب له جريمة ولكنها لا تعتبر إساءة بالغة مثل تسبب الموهوب له بخلطه وإهماله في جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه ، فالموهوب له في هذه الحالة لم يقصد الإساءة إلى الواهب أو أحد أقاربه . ومن ثم لا يكون عمله جحودا . ويمكن القول أيضا إن الموهوب له إذا جرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه استعمالا لحقه في الدفاع المشروع عن نفسه ، لم يعتبر هذا العمل جحودا منه ، إذا هو قصد الدفاع عن نفسه ولم يقصد الإساءة إلى الواهب^(١).

ويختلف التقنين المدني المصري عن القانون المدني الفرنسي الذي حدد في المادة ٩٥٥ منه حالات الجحود التي تعد عذرا مقبولا للرجوع في الهبة على سبيل الحصر . وهي الاعتداء على حياة الواهب أو الشروع فيه أو إهانة الواهب أو إساءة معاملته أو ارتكاب جريمة ضده أو الامتناع عن الإنفاق عليه إذا أدركه العوز^(٢).

وهذه الحالات تصلح أمثلة للجحود الكبير طبقا للتقنين المصري .

(١) السنهوري ص ٢٠١ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٦٠ ، ص ١٦٦ .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثالا للحدود الكبير بقولها : " أن يصدر من الموهوب له ما يدل على جحود كبير نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه ، كأن يرتكب جريمة لا عذرله فيها ضد أحد من هؤلاء ، ويترك تقدير ذلك للقاضى " (١).

وقد اعتبرت محكمة النقض من قبيل الجحود الكبير أن يكون الوالد وهب ولده مبلغا من النقود لشراء شهادات استثمار يقتضى الواهب فواتهما ، دون أن يؤدى الموهوب له هذه الفوائد إلى الواهب .

إذ قُضت بأن :

" البين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه أنه استند في قضائه بتأييد الحكم الابتدائى إلى أن عدم أداء الطاعن- الموهوب له فوائد شهادات الاستثمار للمطعون عليه الأول- الواهب- حسبا هو ثابت في تحقيق النسبابة المودع ملف الدعوى يعتبر جحودا كبيرا منه يجيز لهذا الأخير الرجوع في الهبة دون ما حاجة لبحث ما يثيره الطاعن في شأن توفر سبب آخر من أسباب الرجوع في الهبة وهو عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه ولزوجته . وإذ كان مودى ذلك أن المحكمة اكتفت بالجحود سببا للرجوع في الهبة واعتبرته متحققا لمجرد امتناع الطاعن عن الوفاء للواهب بالفوائد المستحقة بصرف النظر عن ملاءة الواهب أو إعساره ، وكان هذا رأى الذى انتهى إليه الحكم المطعون فيه يقوم على

أسباب سائغة تكفى لحمل قضاؤه في هذا الخصوص فإن النعى عليه برفضه التحقق من إفسار المطعون عليه الأول يكون غير منتج .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٣)

والملاحظ أن لفظ (الأقارب) جاء مطلقا ، ويرى البعض التوسع في تفسيره بحيث يشمل الزوج والزوجة ^(١).

١١٤ - العذر الثاني :

عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو عجزه عن الإنفاق على الغير :

نصت المادة ٥٠١ في الفقرة (ب) منها على هذا العذر بقولها :
" أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير " .

فليس من الضروري أن يقع الواهب في فقر مدقع ، بل يكفي أن ينزل عن المستوى اللائق لمكانته الاجتماعية ^(٢)، أو أن يصبح غير قادر

(١) ويتخذ الدكتور محمود جمال الدين زكى ص ١٦٧ هذا النص بقوله : " وليس في القانون الوضعي نصا ينافس هذا النص في افتقاره إلى الدقة واحتياجه إلى التحديد . ويعتبر على كل حال مثلا نادرا لالتزام غير محدد في موضوعه ، وفي أشخاص الدائنين فيه ، وليس من شأن كل هذا أن يعين على استقرار المعاملات " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩١ .

على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة للغير كالزوجة والأولاد والأقارب.

ولا يمنع من الرجوع في هذه الحالة أن يظهر الموهوب له استعدادة في الإنفاق على الواهب ، عكس الحال في القانون الفرنسي إذ تقضى المادة ٩٥٥ منه بأن قبول الموهوب له النفقة على الواهب يمنع من الرجوع في الهبة، ولا يجوز للواهب الرجوع إلا إذا طلب من الموهوب له النفقة فامتنع الموهوب له .

وقاضى الموضوع هنا أيضا هو الذى يقدر ما إذا كان الضيق المالى الذى وقع فيه الواهب يكفى عذرا للرجوع في الهبة أم لا ^(١).
وأساس الرجوع في الهبة في هذه الحالة قريب من نظرية الظروف الطارئة ^(٢) .

١١٥- العذر الثالث :

أن يرزق الوالد ولدا بعد الهبة :

نصت على هذا العذر المادة ٥٠١ مدنى في الفقرة (ج) منها بقولها " أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي " .

والمفروض في ذلك أن الواهب رجلا أو امرأة ، لم يكن له ولد (ذكرا أو أنثى) وقت الهبة ثم رزق الولد بعدها، أو كان له ولد ظنه ميتا

(١) السنهاورى ص ٢٠٣ .

(٢) أكثم الخولى ص ١٧٥ .

فوهب: ثم ظهر الولد . أما إذا كان له ولد وقت الهبة ثم رزق ولدا آخر بعد ذلك فليس له الرجوع ^(١).

ويفسر الرجوع عن الهبة في هذه الحالة في القانون الفرنسى - بوجود شرط فاسخ ضمنى أساسه تفسير إرادة الواهب ، لذلك يجيز له القانون أن يتخلص من تصرف مفقر ما كان ليقدم عليه لو كان له ولد وقت الهبة .

١١٦ - ورود الأعذار بالمادة على سبيل المثال لا الحصر :

وردت الأعذار الثلاثة المنصوص عليها بالمادة ٥٠١ على سبيل المثال لا الحصر ويفصح عن ذلك أن المادة نصت في صدرها على أن: " يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة " ثم أوردت الأعذار الثلاثة. وقد خصت هذه الأعذار بالذكر لأنها هي الأعذار الغالبة التى تبرر الرجوع في الهبة . ومن ثم يجوز أن تضاف إليها أعذار أخرى تبرر الرجوع في الهبة ، وتخضع هذه الأعذار لتقدير القاضى.

ومن الأعذار الأخرى التى لم يرد النص عليها بالمادة ألا يقوم الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف التى فرضتها عليه الهبة ، أو ألا يقدم العوض الذى التزم بتقديمه مقابل للهبة ^(٢). أو يقع في غلط عند الهبة .

ومن الأعذار التى كانت تبرر رجوع الخاطب في هدايا الخطبة - قبل العمل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ - عدول المخطوبة عن الخطبة لسبب

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ ٤ ص ٢٩١ .

(٢) السهورى ص ٢٠٠ .

لا يرجع إلى الخاطب كتغيير رأيها بشأنها وامتناعها دون ميرر عن العقد عليها .

وعسءول الخاطب عن الخطبة لسبب يرجع إلى المخطوبة كأن تعلن المخطوبة امتناعها عن الدءول بمسكن الزوجية الذى أعءه الخاطب رغم توافر شروطه الشرعية .

وقء قضء محكمة النقض بأن :

١- " حق الخاطب الواهب فى استرداد هءايا الخطبة يخضع لأحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة ٥٠٠ وما بعءها من القانون المءنى ، وتشترط المادة المذكورة للرجوع فى الهبة فى حالة عءم قبول الموهوب له أن يستءء الواهب فى الرجوع إلى عءر يقبله القاضى ، وإء كانت محكمة الموضوع قد أعملء حكم هذه المادة وانءءت - فى حدود سلءءها التقءيرية - إلى عءم أحقية الطاعن فى استرداد الشبكة والهءايا ، فإن الحكم المءعون فىه لا يكون قد ءالف القانون أو أءطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ فى جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)^(١).

(١) وقء قضء محكمة النقض بأن :

" تشترط المادة ٥٠٠ من القانون المءنى للرجوع فى الهبة فى حالة عءم قبول الموهوب له أن يستءء الواهب إلى عءر يقبله القاضى . فإذا كان ما ءعل به الطاعن لتبرير حقه فى الرجوع عن تنازله عن الأجرة غير قابل للانعساق غير صءىء فى القانون لأن ءىن الأجرة وإن كان أصلا للمورء إلا أنه -

- مادام بطبيعته قابلا للانقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية ، إذا كان ذلك ، فإن العنبر الذى استند إليه الطاعن لتبرير حقه فى الرجوع فى إقراره بالتنازل يكون متفيا " .
(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٠ فى جلسة ١٦/١٢/١٩٦٥)

(ثانياً)

موانع الرجوع فى الهبة

١١٧- تعداد :

أوردت المادة ٥٠٢ مدنى ثمانية موانع من الرجوع فى الهبة ، وهذه الموانع وزدت على سبيل الحصر ، فلا يجوز إضافة موانع أخرى للرجوع فى الهبة إليها . وهذه الموانع هى :

- ١- إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع .
- ٢- إذا مات أحد طرفى عقد الهبة .
- ٣- إذا تصرف الموهوب له فى الشئ الموهوب تصرفاً نهائياً . فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع فى الباقي .
- ٤- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .
- ٥- إذا كانت الهبة لذى رحم محرم .
- ٦- إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو بمحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشئ ، جاز الرجوع فى الباقي .
- ٧- إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة .
- ٨- إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر .

وهذه الموانع منها ما هو قائم وقت الهبة وهو المانع الرابع والخامس والسابع والثامن ، أما باقى الموانع فهى موانع تطرأ بعد الهبة . ونعرض لهذه الموانع بالتفصيل على الترتيب الوارد بالمادة .

١١٨ - المانع الأول :

زيادة الموهوب زيادة متصلة :

نصت المادة ٥٠٢ مدن فى الفقرة (أ) منها على هذا المانع بقولها : " إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع " .

فيشترط لتحقيق هذا المانع توافر شرطين :

الشرط الأول :

أن تحصل زيادة متصلة للشئ الموهوب .

والمقصود بالزيادة المتصلة هى الزيادة فى نفس الموهوب .

وقد جاء النص عاما ، ولذلك يستوى - كما يرى فقهاء المذهب الحنفى - أن تكون الزيادة المتصلة متولدة كدابة هزيلة سميت وثمار الشئ وقد تكون غير متولدة وهى التى لم تنشأ عن الأصل كالبناء والغراس فى الأرض الموهوبة ، أو كان الموهوب قماشا فصبغ أو قطع قميصا وخيط . ويستوى أن تكون هذه الزيادة بفعل الموهوب له أو بغير فعله . أما الزيادة المنفصلة عن الشئ الموهوب فلا تمنع من الرجوع فى الهبة ، سواء كانت متولدة كتنتاج الدابة أو غير متولدة كريع الدار أو كآلة رى توضع فى الأرض الموهوبة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" إذا تغير الموهوب زيادة أو نقصا ، فالتغير بالزيادة أن تحصل للموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته كالبناء على الأرض الموهوبة ، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع ، أما الزيادة غير المتصلة ، سواء تولدت من الشيء كالنتاج أو لم تتولد كآلة رى وضعت في الأرض الموهوبة ، فلا تمنع من الرجوع ، وكذلك لا يمنع من الرجوع ارتفاع لمن الموهوب" (١).

الشرط الثاني :

أن تؤدي هذه الزيادة المتصلة إلى زيادة قيمة الشيء. أما إذا زادت قيمة الشيء دون حدوث زيادة مادية متصلة به نظرا لإقبال الناس عليه في الأسواق أو لنقله إلى مكان تكون له فيه قيمة أكبر فلا يمنع الرجوع (٢).

وإذا كان البناء أو الغراس لا يوجب زيادة في الأرض ، فإنه لا يمنع الرجوع .

وإن كان يوجب في قطعة منها ، بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها ، امتنع الرجوع في تلك القطعة دون غيرها .

وإذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع عاد حق الرجوع .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩١ وما بعدها .

(٢) أكتف الخولى ص ١٧٩ - م ٥١٦ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا

وقد نصت على أن :

" إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع فيها ولا يتمتع لزيادة سعرها ولا يتمتع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة عن العين الموهوبة أو غير المتولدة وإذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع " .

والزيادة المتصلة مانعة من الرجوع ، لأن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب ، والزيادة ليست بموهوبة ، فلا رجوع فيها ، والفصل متعذر ليرجع في الأصل دون الزيادة^(١).

أما الزيادة المنفصلة فإنها لا تمنع من الرجوع إذ يستطيع الواهب الرجوع في أصل الشيء الموهوب دون ضرر يلحق الموهوب له ، لأنه يمكن استيفاء الزيادة ورد الموهوب.

(١) بدائع الصنائع ص ١٢٩ - وينتقد البعض النص على هذا المانع - والذي نقله المشرع من الفقه الحنفى - لما يراه من ضعف أساسه المنطقي وما يؤدي إليه من صعوبة وعقم في التطبيق. فالفقهاء يجعلون من الزيادة المتصلة مانعا من الرجوع ، لأن الزيادة ليست موهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا . وأن ضعف هذا الأساس ظاهر لا يحتاج إلى بيان. وقد كان على المشرع أن يتجنب النص على هذا المانع وأن يميز الرجوع رغم الزيادة المتصلة مكثفيا بتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالمصروفات والبناء والغراس بحسب نية إذ لا مبرر للخروج عن هذه القواعد فيما يتعلق بالهبة .

وقد كان ذلك سهلا ميسورا لأن الحكم الشرعى السابق اجتهادى لحق لا سند له في كتاب أو سنة . وغنى عن البيان أن تطبيق القاعدة الشرعية في العمل يؤدي إلى نتائج غير مقبولة. فإذا وهب شخص لآخر بقرة ثم شرع الموهوب له في قتل الواهب فقام الجحود كعذر مقبول فإن الرجوع يمتنع إذا كانت البقرة قد سمئت سمئة زادت قيمتها وناهيك بالصعوبة إذا كانت سمئة البقرة محل شك (اكتم الخولى ص ١٧٩ وما بعده) .

١١٩- المانع الثانى :

موت أحد طرفى عقد الهبة :

نصت على هذا المانع المادة ٥٠٢ مدنى فى الفقرة (ب) بقولها : " إذا مات أحد طرفى عقد الهبة " .

فموت أحد طرفى عقد الهبة مانع من موانع الرجوع فى الهبة . لأن حق الرجوع فى الهبة حق شخصى محض يخضع لتقدير الواهب ، وهو الذى يقدر الاعتبارات التى يراها مبررا للرجوع فى الهبة ، ومن ثم لا ينتقل إلى ورثة الواهب بعد موته ، فالوارث ليس بواهب وإنما أجنبى عن العقد ، وقد أوجب الشارع حق الرجوع للواهب .

كذلك يسقط حق الرجوع إذا مات الموهوب له ، لأنه بموت الموهوب له ينتقل ملك الهبة إلى الورثة فصار كما إذا انتقل فى حياته ^(١) ، وخروج الموهوب من ملك الموهوب له مانع من الرجوع - كما سيأتى - ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كأنه عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل .

و وفاة أحد طرفى الهبة لا تحول دون الرجوع إلا إذا حدثت قبل رفع دعوى الرجوع . أما إذا رفع الواهب الدعوى ثم توفى فإن الحق ينتقل إلى ورثته كما هو الحال فى تعويض الضرر الأدبى (م ١/٢٢٢ مدنى) لاسيما

(١) تكملة فتح التقدير ج ٩ الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م ص ٤٣.

أن الأساس واحد في الحالتين وهو قيام الحق على اعتبارات أدبية خاصة بشخص صاحبه ويستقل وحده بتقديرها^(١) .

١٢٠ - المانع الثالث :

تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً :

نصت على هذا المانع المادة ٥٠٢ مدني الفقرة (ج) منها بقولها : " إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً . فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي " .
فتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً مانع من موانع الرجوع في الهبة .

ولا يهم نوع التصرف ، فقد يكون بيعاً أو مقايضة أو هبة أو غير ذلك.

غير أنه يجب أن يكون التصرف نهائياً، فإذا فسخ التصرف أو أ بطل وعاد الموهوب إلى ملك الواهب فإنه يعود إليه^(٢) .

وإذا تصرف الموهوب له في بعض الموهوب فقط كان له حق الرجوع في الباقي ، وكأنه لم يتصرف في شيء منه ، ذلك أنه إذا كان الموهوب لم يتم التصرف في شيء منه كان له أن يرجع في البعض ويترك البعض، لأن

(١) أكنم الخولي ص ١٧٧ .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٢ وقد جاء بها : "..... والتصرف في الموهوب كله أو بعضه ، فإن فسخ التصرف عاد حق الرجوع " . (م ٥١٨ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا) .

له حق الرجوع في الكل فله أن يترك الكل إن شاء ، وإن شاء ترك البعض فلذا إذا تصرف في بعضه له أن يأخذ الباقي ، لأن المانع لم يوجد إلا في البعض فيتعذر الامتناع بقدره ^(١).

وهذا المانع يرجع إلى أن خروج الموهوب من ملك الموهوب له وتملكه لغيره حصل بتسليط الواهب ، فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ، إذ القاعدة أن كل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولا يجوز الرجوع في عين أخرى. متقايض عليها لأنها ليست موهوبة لانعدام ورود العقد عليها ، كما لا يجوز الرجوع في قيمة الموهوب ^(٢).

والتصرف النهائي في الموهوب هو الذي يمنع من الرجوع في الهبة . ومن ثم لا يمنع من الرجوع فيها ترتيب انتفاع أو ارتفاق أو رهن على الشيء الموهوب ^(٣) .

ويرى البعض أنه كان يحسن بالقانون أن ينص على انتقال حق الواهب إلى الثمن إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء بعوض لاسيما أن من أحوال الرجوع ما يقوم على عقاب الموهوب له ^(٤) .

(١) محمد كامل مرسى ص ١٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ص ١٢٨ وما بعدها - السنهوري ص ١٩٦ وما بعدها :

(٣) أكثم الخولي ص ١٧٧ وما بعدها .

(٤) أكثم الخولي ص ١٧٧ وما بعدها .

١٢١ - المنع الرابع :

الهبة بين الزوجين :

نصت المادة ٥٠٢ مدني على هذا المانع في الفقرة (د) منها بقولها:
" إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ولو أراد الواهب الرجوع بعد
انقضاء الزوجية " .

فالهبة تكون لازمة ابتداء لا يجوز الرجوع فيها إذا تمت أثناء قيام
الزوجية ، سواء قبل الدخول أو بعده .

أما إذا وهب شخص لامرأة ثم تزوجها أو وهبت امرأة لرجل ثم
تزوجته ، فإن الهبة تكون غير لازمة لأن أيهما لم يكن زوجا للآخر
وقت الهبة ^(١) . ومن ذلك الهبة التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر في فترة
الخطبة .

ولا تكون لازمة أيضا الهبة التي يقدمها المطلق لمطلقة أو المطلقة
لمطلقها، وإنما يجوز الرجوع فيها .

ولا يجوز الرجوع في الهبة ، ولو كان الانقضاء لسبب يرجع إلى الموهوب له .
والعلة في هذا المانع أن صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة
بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال ، فلا يدخلها حجب
الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها ^(٢) .

(١) تكلم ابن عابدين ج ٨ الطبعة الثانية ٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ص ٤٨١ -

الهداية شرح بداية المبتدى الجزء الثالث الطبعة الأخيرة ص ٢٢٨ .

(٢) بدائع الصنائع ص ١٣٣ .

كما أن المقصود من هبة كل منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض كما في القسابة المحرمة ، وقد تحقق غرض الواهب ، فلا يرجع فيها بعد حصول المقصود^(١).

١٢٢ - المانع الخامس :

الهبة لذى رحم محرم :

نصت على هذا المانع المادة ٥٠٢ في الفقرة (هـ) منها بقولها " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم " وهذا المانع قائم منذ الهبة .

و القرابة الرحمية المحرمة هي التي يكون فيها الموهوب له قريبا للواهب ويحرم عقد الزواج بينهما ، فيدخل فيها الآباء والأمهات وإن علوا ، والأولاد وإن سفلوا ، وأولاد البنين والبنات في ذلك سواء ؛ وكذلك الإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا ، والأعمام والعلمات والأخوال والخاللات^(٢).

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٦٣ وما بعدها - ويرى الدكتور أكثم الخولي ص ١٧٢ أن تحريم الرجوع في الهبة بين الزوجين بعد انتهاء الزوجية ليس له ما يبرره على إطلاقه لاسيما إذا كان انتهاء الزوجية راجعا - وهو ما يحدث كثيرا في العمل - إلى خطأ الموهوب له . بل لعله يكون من الأفضل الأخذ بحكم القانون الفرنسي الذي يفرد الهبات من أحد الزوجين بإمكان الرجوع فيها من جانب الواهب طيلة حياته حرصا على ألا تكون الزوجية سببا في انتزاع الهبة بضبط أحد الزوجين على إرادة الآخر - أيضا من هذا الرأي محمود جمال زكي ص ١٦٤ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٩٢ . .

والمحرمة بالسبب لا بالقرابة لا تمتنع الرجوع ، كالأباء والأمهات والأخوة والأخوات من الرضاع ، وكذا المحرمة بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات وبالتالي يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت لذى رحم وليس بمحرم كابن العم وابن العمه وابن الخال وابن الخالة وسند عدم الرجوع حديث الرسول عليه السلام " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها " .

ولأن المقصود من الهبة صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة للرحم فلا يرجع فيها ^(١) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " يجوز للواهب طبقا لنص المادة ٥٠٠ من القانون المدنى الرجوع في الهبة إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له أو استند إلى عذر يقبله القاضى إلا إذا وجد مانع من الرجوع في الهبة وقد حددت المادة ٥٠٢ من القانون ذاته موانع الرجوع في الهبة ومن بينها ما نصت عليه الفقرة " هـ " وهو " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم " ، ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاما بغير تخصيص ، مطلقا بغير قيد فيسرى على جميع الهبات التى تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرومية ومنها هبة الوالد لولده ، إذ هى هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها وهو

(١) الهداية ص ٢٢٨ - تكملة فتح القدير ص ٤٤ .

صلة الرحم بعد صدور الهبة ذاتها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له ، أما القول بإخراج هبة الوالد لولده من حكم الفقرة "هـ" سالفة الذكر بحيث يجوز الرجوع فيها طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية التي استمد منها القانون المدنى الأحكام الموضوعية فى الهبة فإنه يكون تقييدا لمطلق النص بدون قيد وتخصيصا لعمومه لغير مخصص وهو مالا يجوز " .

(ب) - متى كان النص صريحا جليا فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بمصدره التاريخى أو البحث عن قصد الشارع منه لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه " .
(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٩ قى جلسة ١٠/٢٩/١٩٨٤ - غير منشور)^(١)

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" إن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه لا يجوز للطاعن الرجوع فى الهبة لقيام مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها فى المادة ٥٠٢ هـ من القانون المدنى ولو قام لديه عذر مقبول ، وهى دعامة كافية لحمل قضاائه ، ولا يؤثر فى الحكم ما تزيد فيه من أن الإقرار الصادر من المطعون ضدهم الثلاثة الأول يفسد أن الهبة اقتصر على الثمن وأنه اتفاق مستقل بشأن استغلال العقار ، ومن ثم فإن النعى على الحكم بالتناقض يكون غير منتج ولا جدوى فيه " .

(طعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٥٧ قى جلسة ١٢/٢٦/١٩٩٥)

٢- " لما كان يجوز للواهب طبقا لنص المادة ٥٠٠ من القانون المدنى الرجوع فى الهبة إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له ، أو استند إلى عذر يقبله القاضى ، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبة ، وكانت المادة ٥٠٢ من القانون المدنى قد عدت موانع الرجوع فى الهبة ، ومن بينها ما نصت عليه الفقرة " هـ " من أنه " إذا كانت الهبة لذى رحم محرم " ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاما بغير تخصيص ، مطلقا بغير قيد ، فيسرى على جميع الهبات التى تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرمية ، إذ هى هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها - وهو صلة الرحم - بصدر الهبة ذاتها ، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهوب له . ولما كان المقرر شرعا أن بنات الإبن يعتبرون رحما محرما ، فإنه لا يجوز للطاعن الرجوع فى الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهن الخمس الأول ، مما يعتبر معه العقد المشهر فى ١٩٦٥/٩/٤ برقم ٢٦٦٦٧ توثيق الاسكندرية ييما صحيحا ناقلا للملكية العقار الكائنة به شقة النزاع للمطعون ضدهن الخمس الأول " .

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧)

١٢٣ - المانع السادس :

هلاك أو استهلاك الشئ الموهوب :

نصت المادة ٥٠٢ مدنى على هذا المانع فى الفقرة (و) منها بقولها : " إذا هلك الشئ الموهوب فى يد الموهوب له ، سواء كان الهلاك بفعله أو

بمحدث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال ، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء ، جاز الرجوع في الباقي " .

ومفاد ذلك أن هلاك الشيء الموهوب في كافة الأحوال وأيا كان سبب الهلاك ، ولو كان بخطأ من الموهوب له يمنع من الرجوع .
وكذلك إذا هلك الموهوب بسبب الاستعمال ، كما لو كان الموهوب ثياباً أو طعاماً .

والسبب في ذلك أن الملكية انتقلت إلى الموهوب له بالهبة، وكان له أن يباشر على الشيء سلطات المالك ومنها الإتلاف . كما أنه بعد الهلاك أصبح لا يوجد محل للرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ الموهوب غير مضمون على الموهوب له . فلا سبيل للرجوع في المالك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها .

فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء الموهوب، جاز للواهب الرجوع في الباقي لانتفاء المانع من الرجوع في هذا الباقي^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" والتغيير بالنقص أن يهلك الموهوب أو يتلف في يد الموهوب له سواء كان ذلك بفعله أو بسبب أجنبي أو بسبب الاستعمال فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي الخ " (٢) .

(١) وقد نصت المادة ٥٢١ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا على أن :

" إذا هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له أو استهلك سقط حق الرجوع فيها فإن استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقي " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٢ .

وإذا ادعى الموهوب له هلاك الشيء الموهوب ، فإنه يصير مدعيا ويقع عليه عبء إثبات هذا الهلاك . وهو يجوز لـه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية - بما فيها البيّنة والقرائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الثابت أن الطاعن أجاب على الدعوى - التي أقامها والده بطلب الحكم بالرجوع في الهبة - بالدفع بهلاك المال الموهوب بما يتمتع معه الرجوع في الهبة فإنه بذلك يصير مدعيا مطالبا بأن يقيم الدليل على ما يدعيه " .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٣/٣/١٩٧٩)

ويلحق الفقهاء بهلاك الموهوب ، تغييره من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى واسمه لتغيره من جنس إلى جنس ، وتكون له صورة أخرى واسم جديد وجنس جديد . ومثال ذلك أن يكون الموهوب قمحا فيطحن دقيقا ، أو قماشاً فخيط ، أو دقيقاً صنع خبزا أو ذهباً صيغ حليا . فلا يجوز للواهب الرجوع لأن الذي وهبه زال وحل غيره محله والشيء يهلك بزوال صورته وفقد شخصاته ، فالرجوع في الأصل متعذر والموجود غير ما وهبه ^(١) .

(١) محمود جمال الدين زكي ص ١٦٩ - أكتف الخولي ص ١٧٨ - وينهب إلى أنه لا يرى محلا للتمادي في هذا التصور بل يجب الاقتصار على الهلاك بالمعنى الصحيح وتطبيق القواعد العامة على ما سواه لا سيما أن اعتبار الهلاك ذاته مانعا من الرجوع هو حكم لا أساس له سوى عدم الإضرار بالموهوب له .

١٢٤- المانع السابع :

العوض في الهبة :

نصت على هذا المانع المادة ٥٠٢ مدني في فقرتها (ز) بقولها : " إذا قدم الموهوب له عوضا عن الهبة " .

فإذا كانت الهبة بعوض ، سواء قدم الموهوب له عوضا عن الهبة أو التزم بشروط أو تكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة ، فإنه لا يجوز الرجوع في الهبة ، لأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض ، فإذا وصل فقد حصل مقصوده ، فيمتنع الرجوع ، وسواء قل العوض أو كثر . ولحديث الرسول (عليه السلام) " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها " .

ولا يشترط أن يكون العوض من الموهوب له أو من أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره^(١).

وإذا كان العوض مقدما وقت الهبة كان العقد لازما منذ حصول الهبة، أما إذا قدم بعدها أصبح لازما من وقت تقديمه .

وإذا كان العوض بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي .

وإذا استحق العوض كله أو بعضه عاد للواهب الحق في الرجوع إذا هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض . وهذه الأحكام نص عليها في مشروع المادة منذ تعديلها وتبقى لاتفاقها مع قصد المتعاقدين وأحكام الفقه الإسلامي^(٢).

(١) بدائع الصنائع ص ١٣١ .

(٢) السنهوري ص ١٩٠ هامش (٢) . وكانت المادة ٦٨٦ من المشروع التمهيدي

المقابلة للمادة ٥٠٢ تنص في فقرتها (ز) على أنه : " إذا قدم الموهوب له بعد -

١٢٥ - المانع الثامن :

إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر :

نصت المادة ٥٠٢ مدني على هذا المانع في الفقرة (ح) منها بقولها :
" إذا كانت الهبة صدقة أو عملا من أعمال البر " .
فإذا كانت الهبة صدقة فلها تكون لازمة ابتداء من وقت الهبة ولا يجوز الرجوع فيها ، لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وإن لم يكن عوضا في الحقيقة إذ العبد لا يستحق على مولاه عوضا .
فالواهب قد تلقى فائدة أدبية نظير هذه الهبة .

= الهبة عوضا قبله الواهب ، على ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب ، وإذا أعطى العوض عن بعض الموهوب ، جاز الرجوع في الباقي ، وإذا استحق العوض كله أو بعضه ، عاد للواهب الحق في الرجوع إذ هو رد للموهوب له ما لم يستحق من العوض " .
أي أن الفقرة كانت تشترط أن يكون العوض قد قدم بعد الهبة ، إلا أنه في لجنة المراجعة اقترح تعديل الفقرة المذكورة بأن يكون تقدم العوض ما نعا للرجوع في الهبة ، سواء أكان العوض معاصرا للهبة أم لا حقا لها عملا بالرى
الراجع في الشريعة الإسلامية فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٠ ، ص ٢٩٣) .

ويرجع اشتراط " ألا يكون العوض هو بعض الموهوب " في مشروع القانون إلى أن المسبة في هذه الحالة تكون قد تمخضت تبرعا في الباقي ، فلا يوجد ما يمنع من الرجوع فيه (عمود جمال الدين زكى ص ١٧٠) .

وتكون الهبة لازمة . ولو كانت الصدقة على غنى ، لأنه يقصد بالصدقة على الغنى الثواب ^(١) .

وقد جاء بذاكرة المشروع التمهيدى :

" وقد يسقط الواهب حقه فى الرجوع لا لفائدة مادية يتلقاها من الموهوب . له ، بل لفائدة أدبية ، وذلك بأن تكون الهبة صدقة ، فلا يجوز الرجوع فى الصدقة لأنها قرينة لوجه الله ولو كانت لغنى (م ٥٢٩ فقرة ٢ من قانون الأحوال الشخصية) " ^(٢) .

وقد سوى النص بين أعمال البر والصدقة ، ومثال أعمال البر أن يهب الواهب جمعية خيرية مالا لتأسيس مستشفى أو مدرسة أو ملجأ أو بناء مسجد أو مقابر للفقراء الخ . ولكن أعمال البر لا تشمل الأعمال التى يقصد بها النفع العام دون أن يكون برا ، كالهبة لإنشاء طريق أو شق ترعة لا يفيد منها الواهب شيئا .

وأعمال البر - فى الواقع - تدخل فى الصدقة ، ولذا ورد المشروع التمهيدى خلوا من عبارة (أعمال البر) ، إلا أن هذه العبارة أضيفت فى لجنة مجلس الشيوخ " حتى ترتفع شبهة أن الصدقة لا تشمل أعمال البر ، لأنها فى الواقع تشملها " ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ص ١٦٣ - الهداية ص ٢٣١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٩٤ .

١٢٦- التنازل عن الرجوع في الهبة :

يرى أئمة المذهب الحنفى أنه لا يجوز للواهب أن يسقط حقه في الرجوع لأنه حق الشارع^(١).

وعلى هذا نصت المادة ٥١٥ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا بقولها :

" يصح الرجوع في الهبة كلاً أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة في المواد السبعة الآتية " .

أما التقنين المدق فقد خلا من النص على الحكم الوارد بالمذهب الحنفى. ومع ذلك نصت مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين على هذا الحكم بقولها :

" ويلاحظ أن الواهب إذا تنازل عن حق الرجوع ، فإن تنازله لا يعتبر، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل" م ٥١٥ من قانون الأحوال الشخصية " (٢).

ويرى جانباً من الفقه أن حق الرجوع في الهبة - مقيداً بما سلف من قيود- يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدماً على القول عنه ، وإنما يجوز له بعد قيام العذر في الرجوع أن ينسزل عن هذا الحق بعد وجوده أى بعد قيام سببه (٣).

(١) تكملة ابن عابدين ص ٤٦٢ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٢ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٢٠٢ - السهورى ص ١٨٦ الهامش- وعكس ذلك

أكثم الخولى ص ١٨٢ وعمود جمال الدين زكى ص ١٧٠ - =

ويذهب الدكتور أكثم الخولى إلى أن : " ولنا أن تتساءل عن قيمة هذا الحكم " عدم جواز النزول عن حق الرجوع " رغم انعدام النص عليه . ويبدو لنا أن الأولى هو القول بجواز التنازل عن حق الرجوع أولا لأن القانون يهدف كما رأينا إلى زيادة القوة الملزمة للهبة وينظر إلى الرجوع كحق استثنائي لا محل للتوسع فيه أو رفعه إلى مستوى النظام العام . وثانيا لأن العذر المقبول الذى يفتح باب الرجوع للواهب لا يخرج في أساسه عن إنزال الجزاء بالموهوب له الذى لم يحمده للواهب هل صنيعه أو حماية الواهب أو أسرته إذا وقع الواهب في الحاجة أو رزق ولدا بعد الهبة . وما دام هذا هو أساس الرجوع فإنه يسوغ القول بجواز التنازل عن حق الرجوع لأن للواهب أن يتنازل عن توقيع الجزاء على الموهوب له وعن الحماية التى يمكن أن يحققها له الرجوع في المستقبل.

وكذلك تلاحظ أن حق الرجوع في الهبة حق ضعيف يسمح القانون بالقضاء عليه لأسباب عرضية محضة كالزيادة المتصلة والتصرف في الشيء ووفاء الموهوب له ولو قام سبب الرجوع قبل الوفاء . بل ولم يحاول القانون حماية الواهب في صور كان من الممكن فيها ألا يهدر حق الرجوع إهدارا تاما كحالة التصرف في الشيء الموهوب أو هلاكه حيث كان يمكن النص على انتقال حق الواهب إلى ما يحل محل الشيء من ثمن أو تعويض . وإذا كان هذا هو مبلغ حرص القانون على حماية الواهب فإنه يصعب القول بأن حق الرجوع يبقى رغم التنازل عنه .

ومهما يكن من أمر فلا شك في صحة التنازل عن استعمال حق الرجوع بعد قيام سببه كالتنازل بعد حدوث الجحود من الموهوب له أو بعد ميلاد طفل للواهب مثلا " .

١٢٧- دعوى الرجوع عن الهبة :

لم يفرد القانون دعوى الرجوع في الهبة بأحكام خاصة، ومن ثم تطبق عليها القواعد العامة .

فإذا كانت دعوى الرجوع تهدف إلى استرجاع عقار فإنه يجب التأشير بالدعوى في هامش تسجيل الهبة أو تسجيل الدعوى إذا كان عقد الهبة لم يشهر (م ١٥٠ من قانون الشهر العقاري) ويترتب على التأشير بدعوى الرجوع أو تسجيلها أن يكون حق الواهب إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير بالدعوى، أه تسجيلها على الناحية السابقة .

ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى (م ١٧٠ من قانون الشهر العقاري) .

وتطبيقاً للقواعد العامة لا تسقط دعوى الرجوع إلا بمضي خمس عشرة سنة من وقت علم الواهب بقيام سبب الرجوع^(١).

(١) أكرم الخولي ص ١٨٣ .

هدايا الخطبة

١٢٨- المقصود بهدايا الخطبة :

هدايا الخطبة هي ما يقدمه كل من الخاطب والمخطوبة إلى الآخر إبان فترة الخطبة ، بقصد تودد كل منهما إلى الآخر وتأكيد الصلة الجديدة بينهما .

والهبة مندوب إليها بشكل عام ، لذلك نص الفقهاء على استحباب الهدية بمناسبة الخطبة أخذًا من عموم استحبابها^(٢).

وتتمثل هدايا الطرفين عادة في منقولات قابلة للاستهلاك أو غير قابلة له ، كالملابس وأدوات الزينة والمأكولات والحلى والأجهزة الكهربائية وأحيانًا يقدم الخاطب إلى مخطوبته مبالغ نقدية في بعض المناسبات على سبيل الهدية.

١٢٩- هل تعتبر الشبكة من هدايا الخطبة :

الشبكة هي ما يقدمه الخاطب إلى المخطوبة عند الخطبة وبمناسبتها من أشياء ذات قيمة غالبًا ما تكون حليا ، وتكون في بعض الحالات مبلغًا من النقود . وتختلف قيمة الشبكة عادة باختلاف يسار الخاطب واستعداداته ، ومركز المخطوبة ومركز أسرتهما .

(٢) راجع في تفصيل ذلك رسالة الدكتور عبد الرحمن عتر غنطة النكاح ص

والأصل أن الشبكة من هدايا الخطبة ولا تكون من المهر ولا تأخذ حكمه إلا في حالتين :

الأولى : أن يتفق عليها مع المهر .

الثانية : أن يجرى العرف على اعتبارها من المهر ^(١).

وقد جرى العرف في أغلب بلدان مصر على اعتبار الشبكة جزءا من المهر ، بل تعارف الناس نقصان المهر بقدر قيمة الشبكة عند تقديمها ، وزيادته بقدرها إذا لم تقدم ، لأنها ستشتري منه بمعرفة المخطوبة ^(٢).

(١) ذلك أن العرف له اعتباره في الشريعة الإسلامية، فالثابت بالعرف كالثابت بالنص . وقد جاء بمجموعة رسائل ابن عابدين - الجزء الثاني ص ١١٥ عن العرف ما يأتي :

" وأعلم أن بعض العلماء استدلل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى خذ العفو وأمر بالعرف وقال في الأشباه القاعدة السادسة العادة محكمة وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، قال العلاني لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفا عليه أخرجه الإمام أحمد في مسنده (واعلم) أن اعتباره العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة هكذا ذكر فخر الإسلام انتهى كلام الأشباه وفي شرح الأشباه للبرقي قال في المشرع الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي وفي المبسوط الثابت بالعرف كالثابت بالنص انتهى " .

(٢) الشيخ حسنين محمد مغولوف مفتي الديار المصرية سابقا فتاوى شرعية وبحوث

إسلامية الجزء الثاني ص ٥٦ وما بعدها - الدكتور محمد علي محبوب ،

فيذهب في مؤلفه الشريعة الإسلامية ١٩٨٧/١٩٨٦ ص ١٢٠ إلى -

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بما هو أبعد مدى من ذلك وبأن العرف جرى باعتبار الشبكة جزءا من المهر ، دون أن تستثنى بعض الجهات من هذا العرف .

فقد أفتت بتاريخ ٢١ يناير سنة ١٩٧٠ فى الطلب رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بأن :

" المقرر شرعا أن الخطبة ليست عقدا ولا زواجا ، ولا يترتب عليها شئ من آثار العقد والزواج والشبكة التى تقدم للمخطوبة قد جرى العرف باعتبارها جزءا من المهر وقد جرينا فى الإفتاء على هذا وما دامت الشبكة قد اعتبرت عرفا جزءا من المهر فإنتها تأخذ حكمه الخ " -
أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ ١٥/١٢/١٩٦٥ فى الطلب رقم ٧٧٢ لسنة ١٩٦٥ .

إلا أن السبأدى من قضاء محكمة النقض أنها لم تسلم بوجود العرف المشار إليه واعتبرت الشبكة من قبيل الهدايا الخطبة ويسرى عليها ما يسرى على هذه الهدايا من أحكام .

وهذا القضاء لا يسرى على الحالات التى يتفق فيها على الشبكة مع المهر ، لأنها بحكم هذا الاتفاق تكون قد اعتبرت جزءا من المهر .

= أن الراجع الآن أن الشبكة تأخذ حكم المهر لأن كثيرا من الناس يتفقون عليها فى العقد وهذا يخرجها عن دائرة الهدايا ويلحقها بالمهر .

حكم رد هدايا الخطبة عند العدول عن الخطبة :

١٣٠- أولاً : الحكم قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية :

(أ) - قضاء محكمة النقض :

ذهبت محكمة النقض إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل ، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها في القانون المدني، وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة في المادة (٥٠٠) وما بعدها من التقنين المدني.

وقد أوردت تفصيلا لذلك في قضائها إذ ذهبت إلى أن :

١- " الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر - ومنها الشبكة - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية. وتعبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية .

ومن ثم فالمعول عليه في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدني .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤)

٢- " الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشبكة تعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني ، ولما كان السبب ركنا من أركان العقد وينظر في توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتعير فإن فسخها لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

و بالترتيب على القضاء السالف ، فإن هدايا الخطبة تكون محكومة بالنصوص الواردة بالتقنين المدني .

ومن ثم كان يتعين للرجوع بالتقاضى في هذه الهدايا باعتبارها هبة ، أن يستند الواهب في ذلك إلى غدر مقبول وألا يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها بالمادة ٥٠٢ مدني .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط في الرجوع في الهبة على ما نصت عليه المادة ٥٠٠ من القانون المدنى في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضى وألا يوجد مانع من موانع الرجوع ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد أعملت هذه المادة وانتهت إلى عدم أحقية الطاعن في استرداد مبلغ الشبكة لما رأيته في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التى لوردتها من انتفاء العذر المقبول الذى يبرر رجوع الطاعن في هبته فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٤)

٢- " وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان النص في المادة الأولى من القانون المدنى على أن " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى ، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدنى ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب في هذا النوع من الهبات باعتبارها

الباعث الدافع على التبرع فإن العدول عنها من جانب الخاطب لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الخطبة وإذ كان حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدني وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع إلى عذر يقبله القاضي ، وكان الحكم المطعون فيه وإن انتهى صحيحا إلى أن العدول عن الخطبة كان بسبب يرجع إلى المطعون ضده وقضى لذلك بعدم أحقيته في الرجوع في هبته التي تعلق بها هدايا الخطبة مما كان لازمه والشبكة أيضا من الهدايا على النحو السالف أن يقضى أيضا بعدم أحقيته في استردادها ، وإذ خالف هذا النظر واعتبر الشبكة جزءا من المهر استنادا إلى عرف لم ين مصدره وإلى ما ورد بمذكرة شقيق الطاعنة وقضى لذلك بأحقيته في استردادها مع أن ما ورد بتلك المذكرة لا يؤدي إلى ما استخلصه منها فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٨٧٥٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٥)

ومسن الأعذار الأخرى المقبولة - التي لم ترد بالمادة ٥٠١ مدني - التي تبرر للمخاطب الرجوع في هدايا الخطبة ما يأتي:

١- عدول المخطوبة عن الخطبة بسبب لا يرجع إلى الخاطب كتغيير رأيها بشأنه .

٢- امتناع المخطوبة دون مرور عن العقد عليها .

٣- عدول الخاطب عن الخطبة لسبب يرجع إلى المخطوبة ، ومثال ذلك أن تعلن المخطوبة امتناعها عن الدخول بمسكن الزوجية الذي أعده الخاطب رغم توافر شروطه الشرعية .

ويقع على الخاطب طالب الرجوع بوصفه مدعيا عبء إثبات العذر المقبول الذي يبرر الرجوع في الهبة .

(ب) - رأينا الخاص في رد هدايا الخطبة :

ذكرنا في مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية في طبعاته المتعددة رأينا في هدايا الخطبة وهي أنها تعد من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي تسرى على ردها أحكام الشريعة الإسلامية ويحكمها تحديد الرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة ، عملاً بالمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - (الملغى) والتي حلت محلها المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ - التي كانت تجرى على أن : " تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد " .

وتفسير ذلك ، أن الخطبة تمهيد لعقد الزواج ، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ولذلك تعد الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية - وهو ما أكدته محكمة النقض أيضا - والهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين إلى الآخر إبان فترة الخطبة سببها الخطبة ومقصود بها تأكيد معنى الخطبة، فهي هبات تتعلق بالخطبة والتي تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، ومن ثم فإنه عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل ، فإن هذه الهبات تعد من مسائل الأحوال الشخصية ولا ينال من ذلك أن هدايا الخطبة ليست ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروط صحته ^(١)، فالمهر ليس ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروط صحته ، ومع ذلك فإنه بإجماع الآراء من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي يتعين تطبيق أحكام المذهب الحنفى على رد هدايا الخطبة ^(٢) .

وسنرى أن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ أخذ بهذا الرأي.

(١) من هذا رأى الدكتور عبد الناصر العطار خطبة النساء في الشريعة الإسلامية

ص ١٠٧ .

(٢) أنظر في حكم هذا المذهب والمذاهب الأخرى الهند التالى .

١٣١. **تانيا : الحكم بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية^(١) :**

رأينا سلفاً أن محكمة النقض ذهبت إلى أن الخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخطاطيين إلى الآخر ومنها الشبكة إبان الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، وإنما تعد من قبيل الهبات وتخضع لأحكام الهبة المنصوص عليها في التقنين المدني . وبالتالي يحكم رد هذه الهدايا الأحكام الواردة في المادة (٥٠٠) وما بعدها من هذا التقنين .

ولما صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نص في مادته التاسعة الواردة بالباب الثاني الخاص بـ " اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية " - الفصل الأول " الاختصاص النوعي " على أن :
" تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة
أولاً : المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

.....

٥- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها الخ " .

(١) الجريدة الرسمية العدد ٤ (مكرر) في ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ - وعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره (٦م من قانون الإصدار) أي اعتباراً من أول مارس ٢٠٠٠ .

والمقصود بما هو في حكم الشبكة هدايا الخطبة التي يقدمها أحد الخطابين إلى الآخر إبان فترة الخطبة .

ومفاد ذلك أن المشرع اعتبر الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية :

وإذ لم ينظم رد الشبكة وغيرها من هدايا الخطبة أحد قوانين الأحوال الشخصية السارية فإنه ينبئ على ذلك خضوع رد الشبكة والهدايا المذكورة لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة - وليست لأحكام رد الهبات المنصوص عليها بالتقنين المدني - عملاً بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ التي تقضى بأن : " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة " .

ويذهب الأحناف إلى أن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبات ويجرى عليها حكم الرجوع في الهبات .

فيجب رد الهدايا إلى الطرف الذي قدمها إذا فسخت الخطبة ، ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها .

وموانع الرجوع سبعة هي :

١- زيادة الموهوب .

٢- موت الواهب أو الموهوب له .

٣- إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة .

- ٤- خروج الموهوب عن ملك الموهوب له .
٥- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر .
٦- إذا كانت الهبة لذى رحم محرم .
٧- إذا هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له ^(١) .
- وقد جاء بكتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى
باشا ما يأتى :
- (مادة ٥١٥) يصح الرجوع في الهبة كلاً أو بعضاً ولو أسقط الواهب
حقه ما لم يمنع من الموانع المذكورة في المواد السبعة الآتية .
- (مادة ٥١٦) إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها
امتنع الرجوع فيها ولا يمتنع لزيادة سعرها ولا يمتنع الرجوع بالزيادة
المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة أو غير المتولدة وإذا ارتفع مانع الزيادة
عاد حق الرجوع .
- (مادة ٥١٧) إذا مات أحد العاقلين بعد قبض الهبة سقط
الرجوع فيها.

(١) شرح فتح القدير ج ٨ طبعة ١٩٧٠ ص ٤٦١ وما بعدها - حاشية ابن
عابدين ج ٥ طبعة ١٩٦٦ ص ٦٩٨ وما بعدها - وقد جاء به قال الرملى :
قد نظم ذلك والدى شيخ الإسلام محيى الدين فقال :

منع الرجوع من الواهب سبعة	فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له	زوجية قرب هلاك قد عرض

(مادة ٥١٨) إذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فإن كان خروجها من يده خروجاً كلياً امتنع الرجوع فيها وإن كان خروجها لا بالكلية فلا يمتنع الرجوع فلو باع بعضه فللواهب الرجوع في الباقي .

(مادة ٥١٩) إذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر فلا رجوع له فيها ولو وقعت الفرة بينهما بعد الهبة وإذا وهبت المرأة لزوجها داراً بها متاع لها صحت الهبة وإن كانت مشغولة بملكها .

(مادة ٥٢٠) من وهب هبة لذي رحم محرم منه ولو ذمياً أو مستأناً أو غير مستأنس فلا رجوع له عليه فإن وهب لذي رحم غير محرم أو لمحرم غير ذي رحم أو لمحرم بالمصاهرة وأراد الرجوع فله ذلك .

(مادة ٥٢١) إذا هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له أو استهلك سقط حق الرجوع فيها فإن استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقي .

(مادة ٥٢٢) إذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة وقبضه الواهب مفرزاً إن كان مما يحتمل القسمة سقط حق رجوعه بشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فإن عوضه البعض عن الباقي فله الرجوع في الباقي وإن عوض النصف فله الرجوع في النصف ولا يضر الشيوع الحاصل بالرجوع .

ولا يفرق الأحناف بين ما إذا كان العدول عن الخطية من جانب الخاطب أو المخطوبة ، وما إذا كان العدول بمبرر أو بغير مبرر^(١) .

(١) أما المذاهب الأخرى فحكمها كالاتي :

(أ) المذهب المالكي :

في المذهب المالكي قولان :

الأول : أنه ليس للخاطب حق الرجوع على المخطوبة بشئ وليس له أن يسترد ما قدم من الهدايا ، ولو كان العدول عن الخطبة من ناحيتها . وهذا أصل المذهب .

الثاني : أنه إذا وجد شرط بين الطرفين ، أو عرف بين الناس عمل به ، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا . أما إذا لم يوجد شرط أو عرف ، فإذا كان العدول من جانب المخطوبة ، جاز للخاطب أن يرجع بكل هداياه سواء في ذلك القائم منها أو الهالك .

أما إذا كان العدول من الخاطب ، فليس له أن يرجع بشئ من الهدايا والرأى الأخير هو المفتى به في المذهب .

(ب) المذهب الشافعي :

في هذا المذهب يحق للمهدى استرداد هداياه سواء كان الخاطب أو المخطوبة ، فإذا كانت قائمة ردت بذاتها ، وإن كانت هالكة أو مستهلكة فإنه يرد المثل أو القيمة بحسب الأحوال .

(ج) المذهب الحنبلي :

أجاز هذا المذهب الرجوع في هدايا الخطبة إذا كان العدول من جانب المخطوبة لأن الخاطب إنما أهدى ليتزوج ولم يتحقق غرضه ، أما إن كان العدول منه فلا رجوع .

ويسترد الهدية إن كانت قائمة أو بدلها إن كانت هالكة أما إذا كان عدم إتمام الزواج بسبب خارجي - لا علاقة للخاطبين به - فلا يرجع في الهدية تمشيا مع المبدأ العام في المذهب وهو عدم الرجوع في الهدية ، ومثل ذلك موت الخاطب أو موت المخطوبة .

وموانع الرجوع في الهبة السبعة سائلة الذكر تطابق الموانع التي نصت عليها المادة ٥٠٢ مدق - عد المانع الأخير الوارد بها .
غير أن من موانع الرجوع في الهبة التي يغلب أن تثور في التطبيق العملي ما يأتي :

- ١- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا.
 - ٢- هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له .
 - ٣- موت الخاطب أو المخطوبة .
- ونحيل في التفصيلات إلى ما شرحنا سلفا.
- ونعرض لفتوى صادرة من دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٦٠/٦/٢٧ في الطلب رقم ٨٠٢ سنة ١٩٦٠ .

" إن المنصوص عليه شرعا في مذهب الحنفية المعمول به أنه لا رجوع فيما بعث به أحد الزوجين للآخر أثناء قيام الزوجية بينهما - أما إذا كان الإرسال قبل إتمام الزواج بينهما كما في الحادثة موضوع السؤال فإن له الرجوع فيما أرسله متى كان قائما ، أما إذا كان هالكا أو مستهلكا فإنه لا يرجع بشئ منه لأنه في معنى الهبة ، وهلاك الموهوب أو استهلاكه مانع من الرجوع فيه ، هذا هو مذهب الحنفية المعمول به . أما على المفتي به من مذهب المالكية فإنه لا يخلو إما أن يكون الرجوع عن إتمام الزواج من

قبل الزوج أو من قبلها ، فإن كان العدول من قبله لا يرجع بشئ من الهدايا باقية كانت أو هالكة ، وإن كان العدول من المخطوبة يرجع بكل الهدايا سواء كانت باقية أم هالكة ، وإذا كانت هالكة يرجع بيدها ، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط بخلافه فإنه يعمل به . وهذا التفصيل حسن ونرى الأخذ والإفتاء به وقد جرت فتوانا عليه . والله أعلم " .

موضوع رقم (١٣)

(أثار الرجوع في الهبة)

١٣٢ - النصوص القانونية :

المادة (٥٠٢) مدني :

" ١ - يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن.

٢ - ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع ، أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب " .

المادة (٥٠٤) مدني :

" ١ - إذا استولى الواهب على الشيء الموهوب ، بغير التراضي أو التقاضي ، كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال .

٢ - أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعذاره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسئولاً عن هذا الهلاك ، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي " .

١٣٣ - اعتبار الهبة كأن لم تكن :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٣ مدني على أنه يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن . وعلى ذلك إذا تم الرجوع في الهبة سواء بالتراضي أو بالتقاضي ، كان هذا فسخا لها وترتب عليه آثار الفسخ من حيث انحلال العقد بأثر رجعي وقد أخذ المشرع في هذا الحكم بالراجح في المذهب الحنفي ^(١) .

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا تم الرجوع في الهبة ، بالتراضي أو بالتقاضي، كان هذا فسخا لها، وكان للفسخ أثر رجعي ، فتعتبر الهبة كأن لم تكن " ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد الفقرة الأولى من المادتين ٥٠٠ ، ٥٠٣ من القانون المدني أنه إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضي معه الموهوب له على هذا الرجوع، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين ، غير أن الإقالة - بنص القانون - لها أثر رجعي فتعتبر الهبة كأن لم تكن ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الطاعن قد أقام دعواه بطلب الرجوع في الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهم الثلاثة الأول ومثل المطعون ضده الثالث أمام محكمة الاستئناف وسلم بطلبات الطاعن فقد تم التراضي بينهما على الرجوع في الهبة فتعتبر كأن لم تكن بالنسبة له وإذا لم يعمل الحكم المطعون فيه أثر

(١) هذا هو رأى أبى حنيفة والصاحبين ، بينما يرى زفر أن فسخ الهبة بالتراضي هبة مبتدأة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٧ .

ذلك التراضى فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٢/٢٦/١٩٩٥)

١٢٤- ما يجب رده إلى الواهب :

يترتب على فسخ عقد الهبة واعتباره كأن لم يكن نتيجة للرجوع بالتراضى أو بالتقاضى التزام الموهوب له بأن يرد إلى الواهب ما يأتى :

١- رد الشئ الموهوب :

إذا كان الواهب لم يسلم الشئ الموهوب إلى الموهوب له فإنه لا يجوز تسليمه إليه .

أما إذا كان قد سلم إلى الموهوب له التزم الموهوب له برده إلى الواهب .

وإذا هلك الشئ الموهوب في يد الموهوب له بفعله أو باستهلاكه إياه كان ضامنا لهذا الهلاك ووجب عليه تعويض الواهب. أما إذا هلك بسبب أجنبى فإن الهلاك يكون على الواهب .

أما إذا كان الواهب قد أعذر الموهوب له بالتسليم وهلك الموهوب بعد الإعذار فالهلاك يكون على الموهوب له ولو كان بسبب أجنبى^(١) .

وهذا الحكم ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ٢٠٧ مدق^(٢) .

(١) السنهورى ص ٢٠٩ .

(٢) وتنص على أنه : " إذا التزم المدين أن يتقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن " .

ولذلك يجب تطبيق نص الفقرة الثانية من هذه المادة التي تقتضى بأنه ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، لو أعذر، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة .

وينطق هذا الحكم سواء كان الرجوع بالتراضى أو بالتقاضى^(١).

٢- رد الثمار :

لما كان الرجوع في الهبة فسخا لها له أثره الرجعى، فكان مقتضى ذلك أن يرد الموهوب له الثمرات التي جناها من وقت العقد ، إلا أن المشرع رأى أن في مطالبته بما هو مخصص بطبيعته للإتفاق ظلم له ، فأعفاه من الرد عن المدة السابقة على الرجوع^(٢) . فالزمته المادة ٢/٥٠٣ بـرد الثمرات من وقت الاتفاق على الرجوع في الرجوع الرضائى ومن وقت رفع الدعوى في الرجوع القضائى .

٣- المصروفات :

يتعين التفرقة بين المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية .

(١) أحكام الخولى ص ١٨٥ وهامش (١) .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٧١ .

فإذا كانت المصروفات التي أنفقها الواهب من المصروفات
الضرورية^(١)، كان للموهوب له الرجوع بجميع ما أنفقه من هذه
المصروفات.

أما إذا كانت المصروفات نافعة^(٢) رجع الموهوب له على الواهب
بأقل القيمتين : المصروفات التي أنفقها أو زيادة قيمة الشيء الموهوب
بسبب هذه المصروفات.

والغالب أن يكون ما أنفقه الموهوب له أكبر من قدر ما زادته هذه
النفقات في قيمة العين الموهوبة ، فيكون الفرق بينهما خسارة عليه . على
أنه في أحوال استثنائية قد تكون الزيادة في قيمة العين بسببها أكبر مما أنفق

(١) المقصود بالمصروفات الضرورية ، المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها
للمحافظة على الشيء ، كمصروفات ترميم العين ترميماً ضرورياً ، أو
مصروفات إنقاذ الشيء من حريق يوشك أن يلتهمه ولا يد للموهوب له في
هذا الحريق ، وهذه المصروفات يكون الواهب مضطراً لدفعها لو أن الشيء
للموهوب بقي في حياته .

(٢) المقصود بالمصروفات النافعة ، هي للمصروفات التي ينفقها الموهوب له على
الشيء الموهوب لا للمحافظة على الشيء أو لإنقاذه من الهلاك ، بل لتحسينه
وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به . مثل ذلك أن يدخل الإضاءة
الكهربائية أو المياه الجارية في الدار ، وأن ينشئ المراوى والمصارف في الأرض
الزراعية . فهذه مصروفات لم يكن يتعين على الواهب إنفاقها لو أن
الموهوب بقي في حياته ، ولكنها مصروفات زادت في قيمة العين وحسنت
من الانتفاع بها .

فعلا لحصولها . فظاهر النص ألا يفيد الموهوب له من ذلك ، ولا يطالب بقيمة الذى أحدثه إتفاقه فى قيمة العين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (ب) - يجب على الموهوب له أن يرد الثمرات من وقت التراضى أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يسترد جميع المصروفات الضرورية وأقل القيمتين من المصروفات النافعة " ^(١) .

أما إذا كانت المصروفات كمالية ^(٢) ، فليس للموهوب له المطالبة بشئ منها ، وإنما يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار الواهب أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، وذلك طبقا للقواعد العامة (م ٣/٩٨٠ مدق) .

١٢٥ - استيلاء الواهب على الشئ الموهوب :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٤ مدق على أنه إذا استولى الواهب على الشئ الموهوب ، بغير التراضى أو التقاضى كان مسئولاً قبل الموهوب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٧ .

(٢) المقصود بالمصروفات الكمالية ، المصروفات التى لا تعود بكبير نفع على الشئ الموهوب ، ولكنها تنفق لتزيينه وتجميله على الوجه الذى يريده الموهوب له لاستمتاعه الشخصى ، كلفن الجدران بالزيت أو توريقها ووضع خشب "الباركية" فى أرضية الحجرات وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها ، وترصيف ممشى الأرض الزراعية وإنارة هذه الممشى بالنور الكهربائى وإقامة التماثيل على جانبيها .

له عن هلاك الشيء سواء كان الهلاك بفعل الواهب أو بسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال .

ويرر ذلك أنه طالما لم يحدث رجوع رضائي أو قضائي في الهبة ، فإن الهبة تكون لازمة ويضحي الموهوب من حق الموهوب له ، فإذا استولى الواهب عليه أجبر على إعادته للموهوب له ، فإن هلك في يد الواهب ، كان مسئولاً قبل الموهوب له عن هذا الهلاك أيا كان سببه ، أى سواء كان بفعل الواهب أو بالاستعمال أو بسبب أجنبي لا يد له فيه .

١٢٥- آثار الرجوع بالنسبة للغير :

لا مجال للتصدي لآثار الرجوع بالنسبة للغير ، في حالة التصرف تصرفاً نهائياً في الشيء الموهوب ، لأن هذا التصرف - كما رأينا - مانع من موانع الرجوع في الهبة ، فلا نكون أمام رجوع عن الهبة أصلاً .

وكذلك بالنسبة للرهن التأميني لوجود نص صريح يقضى ببقاء الرهن قائماً لمصلحة الدائن المرتهن ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن . فقد نصت المادة ١٠٣٤ مدني على أن " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن .

وبذلك ينحصر البحث في أثر الرجوع عن الهبة بالنسبة للغير بالنسبة للحقوق العينية الأخرى .

وقد خلا التقنين المدني من نص على أثر الرجوع في الهبة بالنسبة للغير .
ومن ثم يجب تطبيق القواعد العامة ^(١) .

(١) وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا صريحا في هذا المعنى إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٨٧ من المشروع (المقابلة للمادة ١/٥٠٣ من القانون) على أن : " يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن ، وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق " .

وجاء بشأنها بمذكرة المشروع التمهيدي : " يجب على الموهوب له أن يرد الشيء الموهوب إلى الواهب ، فإن هلك قبل الرد بعد إعذاره بالتسليم كان مسئولا عن الهلاك حتى لو كان بسبب أجنبي ، على أن الموهوب يعود للواهب مثقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق إلخ " وفي لجنة المراجعة أضيفت كلمة "بعض" تمشيا مع المادة ٦٤٥ من المشروع وهي المقابلة للمادة ٤٧٨ من المشروع (المادة ٤٧٨ من القانون) الخاصة بآثار البيع في مرض الموت وصار رقم المادة ٥٣١ . ووافق مجلس النواب والشيوخ على المادة ٥٣١ وصار رقمها ٥٠٣ . غير أن عبارة (على أن الموهوب يعود للواهب مثقلا بما كسبه الغير حسن النية من حقوق) حذفت من النص ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أين وكيف حذف هذا النص .

مما حدا البعض إلى القول بأن حذفها جاء اكتفاء بالقواعد العامة (السنهوري ص ٢١١ هامش ٢) بينما ذهب البعض الآخر إلى أن حذفها نتيجة خطأ مادي يجب إغفاله وإعمال هذا الجزء من النص على أنه وارد في التقنين (أكثم الخولي ص ١٨٦) .

(راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٩٥ وما بعدها)

و هذه القواعد تفرق بين ما إذا كان المال الموهوب عقاراً أو منقولاً .
فإذا كان الشيء الموهوب عقاراً و ترتب حق الغير على العقار الموهوب
بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في الهبة أو بعد تسجيل التراضي على
الرجوع في الهبة . فإن حق الغير في هذه الحالة لا يسرى بالنسبة للواهب .
ويكون للغير الرجوع على الموهوب له بالتعويض طبقاً للقواعد العامة .

أما إذا كان حق الغير قد ترتب قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو
قبل تسجيل التراضي على الرجوع ، فإنه إذا كان الغير حسن النية أى لا
يعلم قيام عذر مقبول للرجوع في الهبة ، سرى حقه بالنسبة إلى الواهب ،
الذى يسترد المال الموهوب مثقلاً بالحق العيني المترتب على الغير . أما إذا
كان الغير سئ النية ، أى يعلم وقت كسبه للحق قيام عذر مقبول
للرجوع في الهبة فإن حقه لا يسرى بالنسبة إلى الواهب ، واسترد الواهب
العقار خالياً من حقوق الغير ، ورجع الغير على الموهوب له طبقاً للقواعد
العامة^(١) .

أما إذا كان الشيء الموهوب منقولاً وتم الرجوع بالتراضي
فلا يؤثر الرجوع على حقوق الغير ويعود الشيء للواهب مثقلاً بها .
أما إذا تم الرجوع بحكم قضائي فإن حكم القضاء يكون له أثر رجعي
بالنسبة إلى الغير فيسترد الواهب المنقول خالياً من حقوق الغير . ما لم

(١) السهوري ص ٢١١ وما بعدها .

يكن الغير قد حاز الحق بحسن نية وحاز المنقول ليمارس حقه بحسن النية
إذ تحميه قاعدة الحيازة في المنقول سبب الملكية ولا يسترد الواهب المنقول
إلا مثقلا بهذا الحق^(١).

(١) محيى الدين علم الدين ص ٥٧ .

(العقد الثاني)

(عقد الصلح)

موضوع رقم (١٤)

(تعريف الصلح - فائدة الصلح - مقومات الصلح -
تمييز الصلح عما يلبس به)

١٣٦ - تعريف الصلح لغة :

الصلح في اللغة اسم بمعنى المصالحة وهي المسألة خلاف الخصامة .
وقد جاء بالمعجم الوجيز ^(١): " الصلح لإنهاء الخصومة " .

١٣٧ - تعريف الصلح شرعاً :

الصلح شرعاً عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين
بتراضيهما . فإذا ادعى إنسان على آخر حقاً فصالحه عنه المدعى عليه جاز ،
وكان طالب الحق مصالحاً والمطالب به مصالحاً ، والحق المطلوب مصالحاً
عنه ، وما أعطى للطالب مصالحاً عليه ، أو بدل صلح ^(٢) .

(١) إصدار مجمع اللغة العربية الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ للهجرة (١٩٨٠)
ص ٣٦٨ .

(٢) الأستاذ على الخفيف مختصر أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة
١٣٧٠ هـ - ١٩٥٠ م ص ٢٤٤ - وقد جاء بتكملة ابن عابدين الجزء
الثامن ص ٢١٦ وما بعدها أن الصلح هو لغة اسم من المصالحة وشرعاً عقد
يرفع النزاع ويقطع الخصومة .

١٢٨- تعريف الصلح قانوناً :

عرف المشرع الصلح في المادة ٥٤٩ من التقنين المدني الجديد بأنه :
" عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن
ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه " .

وهذا التعريف أدق من التعريف الذي أتى به المشرع الفرنسي في المادة
٢٠٤٤ من المجموعة المدنية ، إذ جاء هذا التعريف غفلاً من الإشارة إلى
أهم خصائص الصلح وهي تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه .

كما أنه أدق من التعريف الذي أورده التقنين المدني الملغى في المادة
٦٥٣/٥٣٢ بأن الصلح " عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءاً من
حقوقه على وجه التقابل لقطع النزاع أو لمنع وقوعه " ، ذلك أنه لا يلزم
حتماً أن يكون لكل من المتصالحين حقوق ثابتة فيتنازل عن جزء منها .
إنما يكفي أن يكون لأحد الطرفين مجرد ادعاء ليقوم الصلح على أساس
التنازل عن هذا الادعاء ، ولو لم يكن هذا الادعاء مستنداً إلى حق ثابت
لا مرة فيه ^(١) .

١٢٩- فائدة الصلح :

يحقق الصلح فائدة هامة للمتصالحين وللمجتمع كله ، وذلك على
النحو الآتي :

(١) الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدني الجديد في التأمين والمعقود
الصغيرة الطبعة الثانية ١٩٥ ص ٢٩١ .

١- تخفيف العبء على الخصوم :

يحقق الصلح منع الدعاوى التى تكون سببا فى ضياع الوقت وكثرة النفقات ، وهو ما ينطوى على التخفيف على المتصلحين ، ذلك أن إجراءات التقاضى تنطوى على الكثير من التعقيد والمشقة كما أنها تستغرق وقتا طويلا وتكاليف باهظة ، وفى هذا عنت للخصوم واستنزاف لجهودهم وأموالهم .

ولذلك قيل : " صلح بحرف خير من حكم منصف " .

٢- تحقيق العدالة :

حسم النزاع بين الطرفين بعقد الصلح أدهى إلى الإنصاف وأدنى إلى تحقيق العدالة ، ذلك أن الطرفين هما - ولا ريب - أعلم من غيرهم بمدى استحقاق كل منهم فيما يدعيه أو فيما يدعى عليه .

أما اللجوء إلى القضاء فنتيجته غير مضمونة ، لأن القاضى لا يقضى بعلمه ، وإنما من واقع الأوراق والمستندات المقدمة إليه ، وقد يكون لبعض الخصوم من الدهاء وسعة الخيلة بحيث يلبس الحق بالباطل فيحكم لصالحه وهو لا حق له .

٣- تخفيف العبء على المحاكم :

لا شك أن فى إنهاء النزاع صلحا قبل اللجوء إلى القضاء أو بعد اللجوء إليه ، يخفف العبء الواقع على القضاء ليتفرغ للفصل فى المنازعات الأخرى ، لا سيما بعد ازدياد حجم المنازعات أمام القضاء فى الآونة الحاضرة .

٤- نشر السلام الاجتماعى :

عقد الصلح بإنهائه للنزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين إنما يسهم فى تحقيق السلام الاجتماعى ، وإشاعة الأمن والسلام بين أفراد المجتمع ، ذلك أنه يستأصل شافة الخصومة ويؤلف القلوب المتنافرة ويضع حدا لما تركه الخصومات من أحقاد وضغائن فى الصدور^(١).

١٤٠- مقومات الصلح :

يسين من تعريف عقد الصلح الوارد بالمادة ٥٤٩ مدنى أنه بجانب الأركان العامة التى يجب توافرها على العموم ، يوجد للصلح مقومات خاصة تميزه عن غيره من العقود .

وهذه المقومات هى :

- ١- نزاع قائم أو محتمل .
 - ٢- نية حسم النزاع .
 - ٣- نزول كل من المتخاصمين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .
- ونعرض لهذه المقومات تفصيلا فيما يلى .

١٤١- أولا : نزاع قائم أو محتمل :

الصلح عقد يستهدف حسم النزاع ، فحيث لا نزاع فلا صلح ، فالصلح لا يقوم إلا مرتكزا على نزاع ، ويجب أن يكون النزاع حديا .
ومثال ذلك أن يطالب أحمد باستحقاقه بقطعة أرض تحت يد بكر الذى يدعى ملكيته لها ، فيتصالح أحمد وبكر ، بأن يعترف بكر بملكية

(١) الدكتور يس محمد يحى عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى

سنة ١٩٧٨ ص ٢٢ وما بعدها - محمد على عرفه ص ٢٩٢ .

أحمد للأرض ، ويتفق أحمد على أن يترك الأرض تحت يد بكر بصفته مستأجرا مدة من السنين .

ومن أمثلة الاتفاقات التي لا تعتبر من قبيل الصلح :

١- أن يتنازل المُوَجَّر للمستأجر عن بعض الأجرة ليسهل عليه الحصول على الباقي ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحا ^(١).

٢- الاتفاق الذى يعقده المدين مع دائئه الذى يهدده بتقديمه للعدالة بتهمة خيانة الأمانة ، إذا اتفق مع الدائن على أن يؤجل تقديم شكواه إلى أجل معين ، وتعهد فى مقابل ذلك أن يوفى ما فى ذمته إلى الدائن قبل حلول الأجل المحدد ، مثل هذا الاتفاق لا يعتبر صلحا إذ ليس ثمة نزاع على حق ، ولا تضحيات مبذولة من كلا الطرفين . وكل ما هنالك أن الدائن قد تعهد بعدم اتخاذ إجراءات ضد المدين قبل مضى مدة معينة ، فلا تسرى على مثل هذا الاتفاق أحكام الصلح ولو خلع عليه الطرفان هذا الوصف ^(٢).

٣- الاتفاق الذى يتضمن متابعة الدعوى أو النزاع . لأن هذا الاتفاق لاينهى النزاع القائم .

وإذا اتفق الطرفان على إجراء ما أسمياه صلحا رغم علمهما بانعدام النزاع- كأن يصطلحا على تنفيذ تصرف يعلمان أنه باطل - فلا محل للقول ببطلان هذا التعاقد إذ هو صحيح ولكنه يكون هبة أو إبراء من الدين ، كما يمكن أن معاوضة إذا كان ينشئ التزامات على عاتق الطرفين.

وكانت المادة ٧٤٠ من المشروع التمهيدى تنص على أن : " إذا كان ما يسميه المتعاقدان صلحا إنما ينطوى ، رغم هذه التسمية ، على هبة أو بيع أو أية علاقة قانونية أخرى ، فإن أحكام العقد الذى يستره الصلح هى

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٤ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٠٥ هامش (١) .

التي تسرى على الاتفاق ، من حيث صحته ، ومن حيث الآثار التي تترتب عليه" ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة اكتفاء بتطبيق قواعد الصورية^(١).

ويجوز أن يكون الصلح جزئيا على بعض النقاط المتنازع عليها ، ويترك باقى النقاط للفصل فيها من القضاء^(٢).

ولا يشترط أن يكون النزاع قائما بالفعل ، بل يكفي أن يكون وقوع النزاع محتملا بين الطرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع .

ومعيار النزاع المحتمل يستمد من وجود أو انعدام حق الدعوى للطرفين فحيث تتوافر عناصر الدعوى ويجعل وجود حق الدعوى قيام الخصومة ممكنا يكون هناك محلا للصلح وإلا فلا .

وتفريعا على ذلك لا يجوز الصلح عن الحقوق الاحتمالية إلا إذا توافرت للطرفين المصلحة القائمة المحققة بمعناها كشرط لثبوت حق الدعوى ، فلا تعتبر صلحا الشروط المحددة للمسؤولية في حالة عدم تنفيذ العقد ولا الشرط الجزائى وذلك لانعدام حق الدعوى للطرفين وقت التعاقد ، بينما يجوز الصلح عن الحقوق الآجلة إذا قام نزاع حول وجودها قبل حلول الأجل وذلك لثبوت الحق وقيام مصلحة الدائن القانونية في حمايته قبل حلول الأجل . كذلك يمكن أن يصلح المعيار السابق للتمييز بين الصلح والقسمة لأن حق الدعوى - دعوى طلب القسمة القضائية- لا يثبت لكل شريك إلا إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع (م ١/٨٣٦) . ولذلك يقتضى المنطق الدقيق ألا يعتبر التصرف المنهى للشروع صلحا إلا في حالة الخلاف بين الشركاء على نحو اقتضى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٤٤ هامش (١) ، ص ٤٤٥ هامش.

(٢) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثالثة ١٣٦١ هـ

منهم بذن كل جهودهم لتلاقي طلب القسمة القضائية . أما مجرد المناقشات العادية حول كيفية تكوين الحصص فلا تكفى لاعتبار التصرف المنهى للشيوخ صلحا. ولولا هذا التحديد لفكرة النزاع المحتمل الذى يصلح أساسا للصلح لانبهت الضوابط بين الصلح وكثير من التصرفات الأخرى التى تهدف إلى حسم نظام محتمل^(١).

على أنه لا يشترط أن يكون النزاع حقيقيا مستندا إلى أساس من القانون ، بل يكفى أن يكون قائما فى ذهن المتصالحين بحسب تقديرهما الشخصى ، ولو تعارض هذا التقدير مع الأحكام الواضحة فى القانون . وبعبارة أخرى إن تقدير قيام النزاع الدافع إلى الصلح أو عدم قيامه يجب أن يستند إلى معيار شخصى تراعى فيه حالة المتعاقدين وظروفهما الخاصة ومبلغ ثقافتهما ، ولا عبرة بعد ذلك بمجهلهما بأحكام القانون^(٢).

وقد يكون النزاع فى القانون ، كما إذا وقع نزاع بين الطرفين على القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما ، حتى لو كان السند فى نظر رجل القانون ظاهر الصحة أو ظاهر البطلان ، لأن العبرة بما يقوم فى ذهن الطرفين .

والنزاع قد يكون فى وجود الحق ذاته ، كما إذا طالب شخص بملكية عين اشتراها فدفع خصمه ببطلان البيع أو إذا طالب دائن بدينه فدفع المدين بانقضائه .

(١) أكرم الخولى ص ٩ وما بعدها - السهنورى ص ٥٠٩ هامش (٤) .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٠٦ - محمد جمال الدين زكى ص ٦٤ - السهنورى

ص ٥٠٩ وما بعدها .

وقد يكون في مدى الحق لا في وجوده كما هو الشأن في معظم حالات التعويض وكثير من ديون النفقة ، فكثيراً ما يحدث في هذه الحالات أن يكون الحق ذاته مسلماً به من الطرفين ، ومثار النزاع بينهما في تحديده ^(١).

١٤٢ - هل يجب توافر عنصر الشك في نتيجة النزاع :

ذهب رأى في الفقه إلى وجوب توفر عنصر الشك في نتيجة النزاع موضوع الصلح ، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون محل الصلح مشكوكاً فيه . فيدور الشك حول الطرف الذي سينتصر له القضاء ^(٢).

ويستند هذا الرأي إلى تحليل نفسية المتصالحين إذ لولا شك كل منهما في مصير دعواه أمام القضاء ورغبته في استبعاد عنصر الاحتمال والمخاطرة هذا لما أقدم على الصلح ولمضى في دعواه إلى النهاية ثم أنه أجرى الصلح رغم انعدام الشك في نتيجة النزاع لانقلب عقد الصلح إلى وسيلة سهلة للمضاربة على رغبة صاحب الحق في السلام والهدوء ونفوره من الخصومات القضائية إذ يستطيع نهائياً الفرص من الغير أن يحتلوا دعوى لا تقوم على أساس يرهبون بها صاحب الحق الثابت الذي لا شك فيه ليتقاضوا عن طريق الصلح ثمن التنازل عن ادعائهم المخلوق يدفعه صاحب الحق ليظفر بالسكينة .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤ - محمد على عرفه ص ٢٠٦ وما بعدها.

(٢) محمد على عرفه ص ٣٠٥ - محمود جمال الدين زكى ص ١٢ وما بعدها.

وعميل أغلب الفقهاء في الوقت الحاضر إلى قياس الشك بمعيار شخصي فيكفي أن يتصور المتصالحان أن مصير الدعوى مشكوك فيه ولو لم يكن كذلك في واقع الأمر وفي نظر رجل القانون^(١).

وقد ذهب رأى - نؤيده - إلى أن النزاع يصلح موضوعا للصلح بغض النظر عن عنصر الشك في نتيجته ، ويستند هذا الرأى إلى عدة حجج :

١- أن تطلب الشك في نتيجة النزاع يجافى المنطق ، ذلك أن المقصود بالصلح لا يخرج عن أحد أمرين : فإذا كان الغرض من الصلح هو وضع حد لحالة الشك والقلق التي يخشاها الطرفان لوجب الاكتفاء بأن يكون موضوع الصلح أمر مشكوكا فيه ولو لم يتخذ هذا الشك صورة نزاع وهذا مذهب القانون الألماني .

وإذا كان الغرض من التصالح هو وضع حد للنزاع فلا محل لتطلب الشك في نتيجة هذا النزاع كعنصر لازم لقيام الصلح .

٢- من ناحية الصياغة الفنية يقوم الرأى السائد على مقدمة خاطئة هي أن الصلح يهدف أساسا إلى تجنب مخاطر النزاع مع أن العنصر الدائم المميز للصلح عامة هو حسم النزاع أما التخلص من مخاطر الخصومة فنمصر عرضي بحث قد يوجد وقد لا يوجد في كثير من الحالات التي يهدف فيها المتصالح إلى غرض آخر ككسب الوقت أو التخلص من مضايقات الخصومة أو اتقاء إذاعة سر أو مراعاة رابطة خاصة بينه وبين الطرف الآخر . فالشك وهو عنصر عرضي لا يصلح من الناحية الفنية مميزا لعقد الصلح .

(١) راجع في مبررات هذا الرأى ومعياره أكثم الخولى ص ١٠ وما بعدها .

٣- أن نظرية الشك الشخصى تؤدي إلى النتيجة التى أرادت اجتنابها وهى أن يصبح الصلح أداة لابتزاز المال بالباطل من أصحاب الحقوق المؤكدة الثابتة . لأنه مادما نكتفى بالشك الشخصى فنحن نفتح الباب أمام استغلال سذاجة بعض أصحاب الحقوق أو جهلهم بالقواعد القانونية أو ضعف ثقتهم فى القضاء^(١).

١٤٢- الصلح بعد صدور حكم نهائى :

لاشك فى صحة الصلح الحاصل بعد صدور حكم قابل للطعن فيه بالطرق العادية (الاستئناف الآن فقط) . وعلة ذلك واضحة ، وهى أن قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف يجعل الحق المقرر يمثل هذا الحكم مهددا بالزوال نتيجة نجاح الطاعن فيما سعى إليه . وبالتالي يظل التهديد بتجدد النزاع قائما بحيث يمكن أن يبنى الصلح على أساسه .

غير أن رأى قد انقسم فى جواز الصلح بعد صدور حكم نهائى . فذهب رأى إلى أنه لا يجوز الصلح بعد صدور حكم نهائى ، تأسيسا على أن الإشكالات التى يثيرها المحكوم عليه أو دائنوه عند تنفيذ الحكم ليس من شأنها أن تجعل الحق المحكوم به محل نزاع فى وجوده ، أو حتى فى نطاقه أو مقداره ، فقد تحدد هذا كله تهليا بالحكم النهائى مما لا يدع محلا لقيام الصلح يضاف إلى ذلك ما يقتضيه الصلح من وجوب تنازل كل من المتصالحين عن جزء من مدعاه ، و ظاهر أنه لم يبق للمحكوم عليه ما يدعيه بعد صدور حكم نهائى ضده . فيكون التنازل حاصلا من جانب

(١) أكرم الخولى ص ١٢ وما بعدها - السهورى ص ٥١٠ هامش (١) .

المحكوم لصالحه وحده ، تفاديا للصعوبات التي قد تعترض تنفيذ الحكم جبرا على المحكوم عليه استعجالا للفائدة لاحسما للنزاع ، وبذلك تحتفى خاصية أخرى من أهم خصائص الصلح . فمن التجاوز إذن أن يجرى على مثل هذا العقد أحكام الصلح . والصواب خضوعه لأحكام التنازل عن الحق^(١).

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - وقد ساندته محكمة النقض الفرنسية إلى جواز الصلح- بعد صدور الحكم النهائي ، إذ من الممكن قيام نزاع على تفسير الحكم أو تنفيذه ، فإرد الصلح على التفسير أو التنفيذ^(٢).

١٤٤- ثانيا : نية حسم النزاع :

يجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما ، إما بإنهائه إن كان قائما ، وإما بتوقيه إذا كان محتملا فإذا تنازع طرفان على ملكية منقول قابل للتلف ، واتفقا على بيعه تفاديا لتلفه وإيداع الثمن خزنة المحكمة على أن تبت المحكمة فيمن منهما هو المالك فيكون الثمن من حقه، لم يكن الاتفاق على بيع المنقول صلحا لأنه لم يحسم النزاع الواقع على ملكية المنقول^(٣).

(١) محمد على عرفه ص ٣٠٨ - محمد كامل مرسى ص ٦٠٦ وما بعدها-

محمود جمال الدين زكى ص ١٣ هامش (٥) .

(٢) السنهوري ص ٥٠٩ - أكتف الخولى ص ١٤ .

(٣) السنهوري ص ٥١٠ وما بعدها .

ولا يعتبر صلحا تعهد أحد الخصمين للآخر - أثناء نظر الدعوى -
بيع العقار موضوع النزاع بالشروط المبينة فيه لأنه لم يتناول البت في
شئ من موضوع النزاع بين الطرفين^(١).

ولا يعتبر صلحا بين خصمين بيع العين موضوع دعوى الفسخ القائمة
بينهما بيعا معلقا على شرط صدور حكم به من المحكمة المنظورة أمامها
الدعوى^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الحكم المطعون فيه لم يرفض الدفع بالصورية لمجرد أنه أبدى
فقط بالمذكرة الختامية في فترة حجز الاستئناف للحكم . وإنما على ما
استخلصه من أوراق الدعوى وما أحاط بها من ظروف وملابسات من أن
الطاعن الأول رغبة منه في التخلص من العقد موضوع الدعوى استعان
بزوجته الطاعنة الثانية متواطئاً معها بأن حرر لها عقد بيع منه عن ذات
الحصة ووقع لها عقد صلح في دعواها بصحة هذا العقد وكان تدخلها في
الدعوى الماثلة انضمامياً له وبواسطة وكيله وهو الذي ناسب عنهما معاً
في الدفاع وفي إقامة الاستئناف وظل لا يوجه ثمة مطعن على عقد شراء
المطعون ضده طوال مراحل نظر الدعوى أمام محكمتي أول وثاني درجة

(١) استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة السنة ١١ رقم ٨٦ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٩٠٣ - مشار إليه في محمود جمال الدين زكي

ص ١٥ هامش (٤) .

إلى أن حجز الاستئناف للحكم فقدم مذكرة دفع فيها لأول مرة بصورة هذا العقد ، واستدل من هذه القرائن بمجموعة على عدم صحة هذا الدفاع ، وهو استخلاص سائق يكفى لحمل قضائه برفض الادعاء بالصورية، فإن النعى عليه - بالقصور - يكون غير صحيح .

(طعن رقم ٦٧٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٦)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث أن الصلح وفقا لحكم المادة ٥٤٩ من القانون المدني هو "عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، و ذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه " ومفهوم ذلك أن عقد الصلح يتوافر فيه مقوماته عندما تتجه نية طرفي النزاع إلى حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما وإما بتوقيه إذا كان محتملا، وذلك بنزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فإذا ما تحققت هذه المقومات وقام العقد على أركانه القانونية وهى التراضى والمحل والسبب انعقد الصلح باعتباره من عقود التراضى . وإذا كان القانون المدني قد نص في المادة ٥٥٢ منه على أن " لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى " فهذه الكتابة لازمة للإثبات لا للإنعقاد ، وتبعا لذلك يجوز الإثبات بالبينة أو القرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ولما كان الأمر كذلك إلخ " .

- (طعن رقم ٩٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤)

١٤٥- ثالثا : نزول كل من الخصمين عن جزء من ادعائه :

يجب أن ينزل كل من الخصمين عن جزء من ادعائه حتى يعتبر عقدهما صلحا . ذلك أن الصلح يستلزم تضحية من الجانبين . فإذا لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة ، بل نزل أحد الطرفين عن ادعائه دون الآخر، فلا نكون أمام صلح .

وبالترتيب على ذلك ، لا يعتبر صلحا تنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة ليسهل عليه الحصول على الباقي ، فهذا إبراء من بعض الدين وليس صلحا ^(١).

أو اعتراف حائز العقار بملكيته لمدعيها وإعطاؤه مبلغا من المال نظير التنازل عن الدعوى فإن ذلك يكون بيعا ، فإن تنازل المدعى عن دعواه دون مقابل كان ذلك هبة ^(٢).

ومن باب أولى لا يكون صلحا العقد الذى لم يترك بمقتضاه أحد الطرفين جزءا من حقوقه المدعاة بل حصل من الطرف الآخر على اعتراف بحقوق أكثر وأشمل ^(٣). إذ يعتبر ذلك تسليما بالطلبات .

وعنصر النزول المتبادل هو ما يفرق بين الصلح وغيره من التصرفات التى تودى إلى إنهاء النزاع كترك الخصومة أو التسليم

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٤٠ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩١٨ مشار إليه فى أكتفم الخولى ص ١٥

هامش (٤) .

بطلبات الخصم إذا كانا بدون مقابل أو توجيه اليمين الحاسمة ،
كما سنرى .

أما عن طبيعة النزول المتبادل من الناحية الفنية فإن رأى الراجح
يذهب إلى أن هذا النزول هو من قبيل التنازل أى تنازل كل من
الطرفين عن حقه (أو ادعائه) .

والتنازل لا ينصب على الحق المدعى به كما لو كان ثابتاً وإنما ينصب
على حق الدعوى أى على حق كل طرف فى اللجوء إلى القضاء ليقول
كلمة القانون فى ادعائه^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءاً من حقوقه على وجه
التقابل قطعاً للنزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح طبقاً لنص المادة
٥٣٢ من القانون المدنى . ولا يصح اعتباره بيعاً لكونه تضمن نقل ملكية
أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين ما دامت هذه الملكية لم تكن بعد
مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع ، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلاً لنقل
الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلاً لحسم النزاع ، مما تنعدم به
مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح " .

(ظعن رقم ٧٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١١/٢٧/١٩٤٧)

(١) أكرم الخولى ص ١٨ وما بعدها - السنهورى ص ٥١٢ هامش (١) .

٢- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يلزم لانعقاد الصلح وجرب أن يتنازل كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه في سبيل الحصول على الجزء الباقي حسما للنزاع القائم بينهما أو توفيا لنزاع بينهما فإن لم يكن هناك نزولا عن ادعاءات متقابلة فلا يعد ذلك صلحا ولا ينحسم به النزاع القائم بين الخصوم ولحكمة الموضوع من بعد بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى استخلاص ما تراه من موقف الخصمين على هذا النحو متى كان ما تستبطله سائغا له معينه من أوراق الدعوى " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٦٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٨/١٢/١٩٩٥)

١٤٦- لا يشترط تكافؤ التنازل من الجانبين :

لا يشترط أن يكون ما ينزل عنه أحد المتصالحين مكافئا لما ينزل عنه الآخر . وبعبارة أخرى لا يشترط أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة . فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من ادعائه ، ولا ينزل الآخر إلا عن الجزء اليسير ^(١) . ففى التسليم بحق الخصم في ترك الدعوى ، إذا قبل الطرف الآخر أن يتحمل في مقابل ذلك بمصروفات الدعوى ما يتحقق به الصلح مهما كانت تضحية الطرف الآخر قليلة بالنسبة إلى تضحية الطرف الأول .

(١) السنهوري ص ٥١٢ - محمد كامل مرسى ص ٦٠٨ - محمود جمال الدين

وإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ ، ثم تصالح معه ، وحرر عنه صلحا قدما للمحكمة ، فرفض القاضى إثبات الصلح ، مستندا على أنه لا بد فى الصلح القانونى من تنازل كل من طرفى الخصومة عن شئ من حقوقه ، وأن المدعى عليه تعهد فى عقد الصلح بدفع كل ما هو مطالب به ، لا يسوغ والحالة هذه للمتقاضين استرجاع نصف الرسوم التى دفعوها إلى قلم الكتاب . وهذا خطأ ، لأن المدعى عليه ، مع اعترافه فى عقد الصلح بمبلغ الدين كله ، تعهد بدفع جزء منه بعد أجل حدد فى العقد وإمهال الدائن لمدينه فى دفع الدين أو جزء منه إلى أجل - وهذا يعد تركا منه لشئ من حقوقه . فالعقد إذن عقد صلح بالمعنى الذى يقصده القانون ، وكان ينبغى التصديق عليه . حتى يتسنى للمتقاضين استرجاع نصف ما دفعوه من الرسوم ، لأن هذا الصلح حسم النزاع^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر وإذن فمتى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على

(١) مذكرة لجنة المراقبة القضائية رقم ٣٢ بتاريخ ١٤ مايو ١٩١٢ - محمد كامل

مرسى ص ٦٠٨ هامش (٤) .

وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما . وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يستند بهذا الصلح ، إذا قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يودى إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى حدود علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٠/٢٢/١٩٥٣)

٢- " مفاد نص المادة ٥٤٩ من القانون المدنى أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصلحين عن جزء مما يدعيه وإذا كان لا يشترط فى الصلح أن يكون ما يتول عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن فى الصلح . وكان القانون المدنى لم يجعل الغبن سببا من أسباب الطعن فى العقود إلا فى حالات معينة ليس من بينها الصلح ، إذ تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم إجازة الطعن فى الصلح بالغبن هو نعى لا أساس له .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٨/١٢/١٩٧٣)

غير أنه يلاحظ أن تساوى ما ينزل عنه كل من المتصلحين قد يكون عنصرا له أهمية فى الحكم على طبيعة العقد . فإذا تنازل من يدعى ملكية عقار عن ادعائه نظير مبلغ من المال يساوى أو يقترب من قيمة هذا العقار قامت قرينة قوية على أن العقد بيع وليس يصلح^(١).

(١) أكم الخول ص ١٦ .

١٤٧- تمييز الصلح عما يلتبس به :

١- الصلح والتحكيم :

يتشابه الصلح مع التحكيم في أن كل منهما يقصد به حسم خصومة دون استصدار حكم قضائي .

ولكن يختلف الصلح عن التحكيم اختلافا كبيرا ، ففي الصلح يبت في النزاع أطراف الخصومة أنفسهم ، أما في التحكيم فالذي يبت في النزاع هم المحكمون .

والتحكيم - عكس الصلح - لا يستلزم نزول كل من الخصمين عن وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، بل يفصل المحكمون في النزاع كالقضاة طبقا لما يسفر عنه تكوين عقيدتهم في النزاع من واقع مستندات الدعوى. وقد يقضون لطالب التحكيم بطلباته كلها أو بعضها. ويلتزم المحكمون في إجراءات الفصل في النزاع أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل) بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية .

٢- الصلح والتسليم بالحق وترك الدعوى :

يختلف الصلح عن التسليم بالحق وترك الدعوى، في أن الصلح - كما ذكرنا سلفا - يستلزم نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه . بينما التسليم بالحق وترك الدعوى ، يتمخض عن نزول من جانب واحد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من اللازم لاعتبار العقد صلحاً في معنى المادة ٥٤٩ من القانون المدني وجوب أن يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه في سبيل الحصول على الجزء الباقي فإن لم يكن هناك نزول عن ادعاءات متقابلة واقتصر التنازل على أحد الطرفين دون الآخر فلا يعد الاتفاق صلحاً وإذ كان البين أن الإقرار المنسوب للزوجة أنه مقصور على نزول الزوجة عن كافة حقوقها إزاء ما أقرت به من فض بكارتها قبل عقد الزواج ، فإنه لا وجه للقول ببطالان الإقرار ، على سند من المادة ٥٥١ من القانون المدني " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ٤٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩/١١/١٩٧٥)

٣- الصلح وتوجيه اليمين الحاسمة :

يختلف الصلح عن توجيه اليمين الحاسمة في أن الصلح يستلزم - كما رأينا - نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه . أما توجيه اليمين الحاسمة فيتضمن تضحية من جانب واحد فقط ، هو من وجهه إليه اليمين ، لأنه إذا حلف الطرف الآخر اليمين قضى له بكل ما يدعيه ^(١) .

١٤٨- خصائص عقد الصلح :

١- الصلح من عقود التراضي ، فيتم بالإيجاب والقبول . ولا يشترط لانعقاده شكل خاص ، وإن كانت الكتابة تشترط لإثباته .

(١) الدكتور عبد المنعم الصلح الإثبات في المواد المدنية ص ٤٢٤ .

٢- الصلح عقد ملزم للجانبين : فكل من المتصلحين يلتزم بإعطاء شيء أو بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء . ويسقط من جانب كل من الطرفين الادعاء الذى نزل عنه ، ويبقى الجزء الذى ينزل عنه ملزما للطرف الآخر .

٣- الصلح من عقود المعاوضة ، لأن كل من الطرفين ينزل عن جزء من ادعائه مقابل نزول الآخر عن جزء من ادعائه ، فليس هناك تبرع فى الصلح .

وقد يكون الصلح عقدا محكما كما هو الغالب فإذا قام نزاع بين شخصين على مبلغ من النقود فاتفقا على أن يعطى المدين للدائن مبلغا أقل فهنا قد عرف كل منهما مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى فالعقد محدد أما إذا تصالح أحد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيرادا مدى الحياة فى مقابل حصته فى الميراث المتنازع فيها ، فالعقد هنا احتمالى^(١) .

٤- الصلح من العقود الكاشفة لا المنشئة كما سنرى .

٥- الصلح عقد غير قابل للتجزئة كما سنرى .

(١) السهوى ص ٥١٧ وما بعدها.

(أركان عقد الصلح)

١٤٩ - تعداد :

لم يميز المشرع الصلح باشتراط إفراغه في شكل معين ، ولم يقيده بأى قيد يخرجّه عن حكم القواعد العامة السارية على كافة العقود . لذلك كانت الأركان اللازمة لانعقاد الصلح هي بعينها التي تلزم لانعقاد سائر العقود الأخرى وهي ثلاثة :

١ - الرضاء .

٢ - المحل .

٣ - السبب .

ونعرض لهذه الأركان الثلاثة فيما يلي .

موضوع رقم (١٥)

(الرضاء بالصلح)

١٥٠ - توافق الإيجاب والقبول في الصلح :

الصلح عقد من عقود التراضي فيكفي لانعقاده مجرد توافق إرادتي طرفيه بماهيته وبالنزاع المراد حسمه وبالنزول المتبادل لكل من طرفيه وسائر أركان الصلح .

ولم يشترط المشرع إفراغ هذا التراضي في شكل معين كما فعل بالنسبة لبعض العقود كالهبة والرهن الرسمي .

وهنا تطبق القواعد العامة لنظرية العقد بصفة عامة من حيث طرق التعبير عن الإرادة والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره وموت من صدر منه التعبير أو فقده الإرادة إلى غير ذلك من الأحكام العامة ، والتي عرضنا لها في شرح عقد الهبة ، ومن ثم نحيل عليها .

ولكن الصلح لا يتم عادة إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد . فيجب تبين متى تم الاتفاق نهائيا بين الطرفين ، ولا يجوز الوقوف عند أية مرحلة من مراحل التفاوض في الصلح مادام الاتفاق النهائي لم يتم^(١).

(١) السنهوري ص ٥٢٢ .

وبالترتيب على ذلك فإن الإيجاب بالصلح لا يلزم الدائن إذا لم يقبله المدين. كما أن الإيجاب بالصلح وحدة لا تتجزأ فلا يجوز قبوله جزئياً^(١).

ويجوز أن يكون قبول الصلح ضمناً إذا أحاطت به ظروف لا تدع مجالاً للشك في وجوده فإذا كان الصلح موضوع مناقشة بين المتنازعين أمكن استتاج القبول من استلام أحدهما شيكاً مرسلاً له من الآخر في صورة إيجاب صريح بالصلح.

وقبول سند إذن وتظهره إلى مصرف يتولى تحصيل قيمته يتضمن قبول الصلح الذي هو سبب السند الإذن^(٢).

ولكن لا يجوز استتاج الصلح على مبلغ التعويض بين الجاني والجاني عليه في جريمة من قبض الثاني مبلغاً من المال قدمه إليه الأول في ظرف مغلق مع رجاء صرف النظر عن الموضوع^(٣).

كما لا يجوز استتاج الصلح من قبول المضرور من المتسبب في الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه دون أن يقصد التسبب في الضرر بذلك إقراراً بمبدأ المسؤولية ولم يرد المضرور بقبولها أن يصالح على حقه في التعويض^(٤).

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩١٣.

(٢) استئناف مختلط ١٢ مارس ١٩٣٠.

(٣) استئناف رن ١٧ فبراير ١٩٠٥ مشار إليه في محمود جمال الدين زكى ص

٢٤ هامش (٤).

(٤) السنهوري ص ٥٢٢.

والصلح لا يفترض ، فسكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يستفاد منه حتما قبوله إياه ، بل يجب أن يقترن السكوت بما يقطع في الدلالة على القبول ، لأنه من مقتضى الصلح التنازل عن بعض الحقوق ، وهو ما لا يجب أن يترك لمجرد الاستتاج والاحتمال^(١) .

ويقدر قاضى الموضوع ما إذا كان الرضاء متوافرا وفي أى وقت حصل توافق الإرادتين .

١٥١- الوكالة فى الصلح :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى على أن : " لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء " .

كما تنص المادة ٧٦ من قانون المرافعات على أنه : " لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به و لا التنازل عنه و لا الصلح و لا التحكيم و لا قبول اليمين و لا توجيهها و لا ردها و لا ترك الخصومة و لا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه و لا رفع الحجز و لا ترك التأمينات مع بقاء الدين و لا الادعاء بالتزوير و لا رد القاضى و لا مخاصمته و لا رد الخبير و لا العرض الفعلى و لا قبوله و لا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضا خاصا " .

(١) مصر الابتدائية ٢ مارس ١٩٢٠ - محمد على عرفه ص ٢٩٦ .

وبيين من النصين سالفى الذكر أنه لا بد من وكالة خاصة فى الصلح ، فلا يجوز للوكيل إبرام الصلح بمقتضى الوكالة العامة .
غير أن التوكيل العام فى أعمال الإدارة يشمل التوكيل فى الصلح المتعلق بأعمال الإدارة فقط .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان التوكيل خالية عباراته عن النص على التنازل عن الحقوق ولكنه صريح فى تحويل الوكيل إجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلاً محضاً من طرف واحد وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل " .
(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/١١/١٨)
(راجع أيضاً نقض طعن رقم ١٦٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢ منشور بهند ١٤٦)

١٥٢- الصلح القضائى والصلح غير القضائى :

ينقسم الصلح إلى قضائى وغير قضائى .
والصلح القضائى هو الذى يحصل فى مجلس القضاء بصدد خصومة قائمة وفى أثناء السير فى إجراءاتها بقصد وضع حد لها وحسم النزاع القائم بين أطرافها .
أما الصلح غير القضائى فهو الذى يعقده الطرفان خارج مجلس القضاء وقبل رفع الدعوى تفادياً من الالتجاء إلى إجراءات التقاضى .
وليست لهذا التقسيم أهمية عملية ، إذ فهما يستويان فى تطبيق أحكام الصلح على أى منهما ولا يمتاز هذا الصلح القضائى إلا بكونه معتبراً فى

قوة سند وأحب التنفيذ نظرا لتصديق القاضي عليه ، على أن ذلك لا يخرج عن كونه اتفاقا تم بتراضى الطرفين ، فلا يرقى تصديق القاضي - كما سنرى - إلى مصاف الأحكام .

ويجب تمييز الحكم الاتفاقي عن الحكم الصادر بالتصديق على الصلح. وصورة الحكم الاتفاقي أن يعدل الخصم طلباته أمام المحكمة بحيث يجعلها متفقة مع تعديل ما ادعاه الآخر بناء على اتفاق سابق بينهما، كما إذا رفع دائن دعوى على مدينه مطالبا له فيها بمبلغ ألف جنيه ، ودفع المدين بيطلان الدين طالبا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه ، ولكن بدل أن يستمر في إجراءات الدعوى أو ينهيها صلحا بأن يتنازل الدائن عن نصف الدين نظير أن يعترف له المدين بالنصف الباقي، يحضران في الجلسة ويعدل الدائن طلبه إلى مبلغ خمسمائة جنيه ويتنازل المدين عن الدفع الذى أبداه مقرا بمديونيته بهذا المبلغ الأخير ، فلا يسع القاضي إلا أن يصدر حكما بإلزام الأخير بأن يدفع للأول مبلغ خمسمائة جنيه .

فهذا الحكم وإن كان أساسه اتفاق الطرفين إلا أنه يعتبر حكما لا عقدا، وتطبق عليه القواعد المتعلقة بسائر الأحكام . فلا يجوز الطعن فيه بدعوى مبتدأة ، وإنما يجب اتباع طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات ، وفي المواعيد المنصوص عليها فيه . ويخضع في تفسيره للقواعد والإجراءات المتعلقة بتفسير الأحكام ، لا المبادئ المقررة في تفسير العقود والاتفاقات .

ويجوز أخذ اختصاص بمقتضى هذا الحكم بموجب المادة ١٠٨٥ مدني
لا بموجب المادة ١٠٨٧^(١).

وتعرض فيما يلي للصلح القضائي بالتفصيل .

الصلح القضائي

١٥٢- النص القانوني :

المادة ١٠٣ مرافعات :

" للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى
إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم فإذا
كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه ألحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة
وأثبت محتواه فيه .

ويكون لمحضر الجلسة في الحالين قوة السند التنفيذي وتعطى صورته
وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام .

ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة
التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٢١ وما بعدها - السنهاوري ص ٥٢٦
وما بعدها - وقارن أكرم الخولي ص ٤٣ هامش (٣) فيرى أنه لا محل لأن
يجازى القاضي الخصوم في هذا السبيل الصوري وأن عليه إذا علم بتمام الصلح
بين الطرفين أن يصدق على هذا الصلح بمقتضى سلطته الولاية لا أن يصدر
حكما متفقا عليه مادامت الخصومة تنتهي بالصلح .

عليه - كتابة أو شفاهة بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق " (١).

١٥٤- طريقا الصلح القضائي :

لإثبات الصلح القضائي بمحضر جلسة المحكمة التي تنظر الدعوى طريقان الأول: أن يدلى الطرفان شفاهة بمضمون ما اتفقا عليه فيتولى القاضي إثبات ما اتفقا عليه بمحضر الجلسة ، ثم يوقع الطرفان أو وكلاؤهما المفوضين بالصلح على المحضر .

والثاني : أن يدون الطرفان ما اتفقا عليه أى ما تصالحا عليه في محرر، ثم يقدمان هذا المحرر إلى المحكمة ويطلبان إثبات محتواه في محضر الجلسة ليكون له قوة السند واجب النفاذ .

١٥٥- إجراءات التصديق على الصلح :

يلزم لتصديق المحكمة على الصلح اتباع الإجراءات الآتية :

١- أن يحضر الطرفان المتصالحان أمام المحكمة ويطلبان إلحاق الصلح بمحضر الجلسة ليكون له قوة السند واجب التنفيذ .

ويستوى أن يكون حضور المتصالحين بشخصهما أو بوكيل - مفوض بالصلح - عنهما .

(١) أضيفت الفقرة الثالثة للمادة بموجب القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ - الجريدة الرسمية العدد ١٠ مكرر في ١٣/٣/١٩٩١ .

إنما لا يجوز للمحكمة التصديق على الصلح إذا تخلف الطرفان أو أحدهما عن الحضور أمامها . أو إذا حضر الطرفان ولم يطلبها أو لم يطلب أحدهما من المحكمة التصديق على الصلح .

والحكمة في ذلك أن القاضى وهو يصدق على الصلح يقوم بدور الموثق الذى يثبت حصول هذا الصلح أمامه بصفة رسمية ، ولا يجوز بحال من الأحوال أن يصدق على صلح لم يحصل أمامه بحجة أنه موقع عليه من الطرفين ، لأن هذا الصلح عرقى ، ولا يكون رسميا إلا بالإقرار عليه من الطرفين بإيجاب وقبول جديدين أمامه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا حرر الخصوم في دعوى تزوير ودعوى أخرى موضوعية محضر صلح حسموا به النزاع القائم بينهم في هاتين الدعويتين ، وبعد أن وقعوه طلب بعضهم من محكمة الاستئناف التصديق عليه وعارض البعض الآخر لعله أبداها ، فإن محكمة الاستئناف - وقد جعلها من طلبوا التصديق على الصلح في مركز الموثق - يتعين عليها أن تمتنع عن التصديق، كما يتعين عليها - احتراماً لقوة عقد الصلح المستمدة من القانون - أن تحكم بإيقاف الفصل في دعوى التزوير لحين الفصل في المنازعة في ذلك العقد . فإذا لم تفعل المحكمة ذلك وفصلت في دعوى التزوير مؤسسة حكمها على تفسيرها محضر الصلح المتنازع فيه فلإنها تكون قد تجاوزت سلطتها وأخلت بحق الدفاع وذلك يوجب نقض حكمها " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/٥/٢٨)

وإذا حضر الطرفان أمام القاضى وعدل أحدهما عن الصلح ، فلا يجوز للقاضى التصديق عليه .

٢- يجب أن تتحقق المحكمة من أن الصلح توافرت له مقومات الصلح وكافة أركانه .

٣- يجب ألا يخالف الصلح النظام العام أو الآداب وهو ما سنعرض له فى موضعه من الكتاب .

١٥٦- الصلح فى دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية :

أضاف المشرع إلى المادة ١٠٣ مرافعات فقرة ثالثة بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ تقضى بأن : " ومع ذلك إذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية فلا يحكم بإلحاق ، اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة التى أثبت فيه الاتفاق " .

وقد تغيا المشرع من ذلك حث أصحاب الشأن على التوجه إلى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القانون برفع دعاوى صحة التعاقد .

فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون : " وقد تناسقت جملة هذه التعديلات التى أدخلت على قانون المرافعات المدنية والتجارية مع التعديل

السوارد على قانون رسوم التوثيق والشهر بإضافة المادة ٢٤ مكررا إليه في خدمة الغرض الذى تغياه المشرع من حث لأصحاب الشأن على التوجه إلى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القانون برفع دعاوى صحة التعاقد ، فلم يعد من الجائز التوجه إلى القضاء بأى طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلب ، سواء فى ذلك اتخذ الطلب شكل دعوى مبتدأة أو قدم كطلب عارض ، أو أى طلب اتبنى عليه طلب تدخل فى دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ورد شفاهة فى الجلسة وإذ يتوجه صاحب الشأن لشهر طلبه فإنه يلتزم بأداء ٢٥% من الرسم المستحق وفقا لحكم المادة ٢٤ مكررا من قانون رسوم التوثيق والشهر ، وهو الأمر الذى يشكل حافزا لإتمام عملية الشهر وعدم السير فى طريق التقاضى إذا لم يكن هناك نزاعا حقيقيا يلحجه إلى هذا الطريق ، ويزيد من قوة هذا الحافز فى السنوات اللاحقة على العمل بهذا القانون ذلك التخفيض فى قيمة الرسوم المنصوص عليها فى المادة الخامسة من المشروع " .

ومقتضى هذه الفقرة المضافة أنه فى حالة رفع دعوى صحة تعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية كعقد بيع مبنى أو وحدة منه أو قطعة أرض زراعية أو قطعة أرض فضاء أو حق انتفاع ... إلخ. وأراد الطرفان التصالح أمام المحكمة بشأنها ، فإنه عليهما أن يشهرا عقد الصلح إن كان

مكتوبا وصورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الصلح إن كان قد تم شفاهة وحينئذ تلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى لتمكينهما من الشهر ، إلا إذا كان الصلح مكتوبا وتم شهره قبل تقديمه.

فإذا لم يتم الشهر امتنع على المحكمة التصديق على محضر الصلح وتقضى بعدم قبوله . وإنما يجب عليها المضى في نظر الدعوى، ولها أن تتخذ عقد الصلح المكتوب أو الصلح المثبت بمحضر الجلسة سندا تقضى بمقتضاه في الدعوى ، لأن المخطور على المحكمة هو التصديق على الصلح. وعندئذ يكون الحكم الصادر في الدعوى كسائر الأحكام في خضوعها لأحكام الطعن .

وينطبق هذا الحكم سواء رفعت دعوى صحة التعاقد في شكل دعوى مبتدأة ، أو قدمت كطلب عارض أو طلب انبني عليه طلب تدخل في دعوى قائمة أو كان طلبا بإثبات اتفاق الخصوم على حق من هذه الحقوق قدم كتابة أو ورد شفاهة في الجلسة .

ويسرى هذا الحكم ابتداء من العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتاريخ ١٤/٣/١٩٩١ .

وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى أنه يغني عن شهر الصلح ، أن تكون صحيفة الدعوى بصحة التعاقد قد سبق شهرها ، ولم يتضمن الصلح غير ذات الطلبات الواردة في الصحيفة المشهورة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التي شتمتها صحيفة الدعوى تعين شهره .

إذ ذهب إلى أن :

" إذا كان هذا التعديل الوارد على النصين المشار إليهما (التعديل الحاصل بمقتضى القانون ٦ لسنة ١٩٩١ في مادته الخامسة على كل من المادتين ٦٥ ، ١٠٣ من قانون المرافعات بإضافة فقرة جديدة إلى كل منهما) تدل إشارته - وإن لم تفده عبارته على أن شهر الاتفاق على صحة التعاقد على حق من الحقوق آتفة البيان (الحقوق العينية العقارية) لا يجب ولا يلزم مادامت صحيفة الدعوى بصحة هذا التعاقد قد سبق شهرها ولم يتضمن هذا الاتفاق غير ذات الطلبات الواردة في الصحيفة المشهورة أما إذا انطوى على حقوق عينية أخرى غير تلك التي شملتها صحيفة الدعوى تعين شهره إذا أن دلالة الإشارة باستقراء أساليب اللغة العربية وما قدره علماؤها - هي دلالة النص عن معنى لازم لما يفهم من عبارته غير مقصود من سياقه يحتاج فهمه إلى فضل تأمل أو أناة حسب ظهور وجه التلازم وخفائه . والمعروف أن المعنى المتبادر من إشارة النص على هذا النحو من الدلالات المتبعة في فهم النصوص لأن دلالة النص ليست قاصرة على ما يفهم من عبارته وحروفه وهو ما يعبر عنه رجال القانون بالنص الصريح بل هو قد يدل أيضا على معان تقهم من إشارته ومن قضائه وكل ما يفهم منه المعاني بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويكون النص دليلا وحجة عليه ويجب العمل به وإذ لم يفتن الحكم المطعون فيه إلى المعنى المفهوم من هذا التعديل الحاصل للمادتين ٦٥ ، ١٠٣ من قانون المرافعات المشار إليه ووقف به عند دلالة عبارة نص المادة ١٠٣ وحده من وجوب شهر الاتفاق في كل حال

دون أن يعن التأمل في المعنى اللازم للمعنى المتبادر من هذا اللفظ مع دلالة نص المادة ٦٥ حسبما سلف إيضاحه ومع ما ليس في المعنى المتبادر من عبارة أى مسنهما ما يتصادم أو يتنافر مع ما يؤخذ منها بطريق الإشارة وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائي الذي رفض التصديق على الصلح المقدم من أطراف النزاع لعدم شهره رغم سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وعدم انطواء اتفاق الصلح على حقوق غير ذلك التي تضمنتها هذه الصحيفة المشهورة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ٤٦٨٥ لسنة ٦٧ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨) ^(١)

(١) وعكس ذلك المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز في التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة ١٩٩٢ ص ٣٨٤ وما بعدها - الدكتور أحمد مليحي في التعليق على قانون المرافعات الجزء الثانى الطبعة الثالثة ص ٨٤٧، إذ يريان أنه لا يخفى عن شهر الصلح سبق شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة ٦٥ من قانون المرافعات ولا يجوز التحدى بأن المحكمة من شهر محضر الصلح تكون متفية في هذه الحالة ، لأن شهر صحيفة الدعوى دون شهر محضر الصلح ليس من شأنه نقل الملكية التي كانت هدف الشارع .

ويلاحظ أن مصلحة الشهر العقارى والتوثيق سبق أن أصدرت المنشور رقم ١٦ في ١٧/١١/١٩٩١ بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح في الدعاوى التي سبق شهر صحيفتها . وقد جرى نص هذا المنشور على ما يأتى :

" إلحاقاً بالمنشورات الفنية أرقام ٢، ١١ لسنة ١٩٩١ - المذاعة بشأن أحكام القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر وقانون المرافعات المدنية والتجارية وتأكيدها لما سبق إذاعته من تعليمات بالمنشور الفني ٢ لسنة ١٩٩٢ فقد أخطرنا

ولما كان التعديل الذى صدر به القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ يتعلق بتنظيم الملكية العقارية فإنه يكون متعلقا بالنظام العام مما موداه أن تصدى له المحكمة من تلقاء نفسها . فإذا تبين لها عدم تمام إجراءات الشهر قضت ومن تلقاء نفسها بعدم قبول طلب التصديق على محضر الصلح^(١) .

١٥٧- التدخل الهجوى فى حالة طلب التصديق على الصلح :

إذا طلب طرفا الدعوى التصديق على عقد صلح ، وتدخل آخر فى الدعوى طالبا لنفسه بحق ذاتى أى تدخل هجوما فى الدعوى ، فإنه يعين على المحكمة ألا تحكم فى موضوع الدعوى أو تقبل الصلح فى شأنه إلا بعد الفصل فى موضوع التدخل ، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما

= السيد المستشار مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بصورة الكتاب الدورى رقم (١٨) لسنة ١٩٩١ المذاع على المحاكم والذى تضمن التعليمات التى تقضى بعدم المطالبة بشهر طلبات الصلح التى تقدم من الخصوم فى دعاوى صحة التعاقد التى شهرت صحيفتها وسددت الأمانة القضائية المستحقة عليها طالما أن الصلح قد انصب على ذات الطلبات الواردة بصحيفة افتتاح الدعوى ولم يتجاوزها إلى حق آخر من الحقوق العينية العقارية واجبة الشهر فإذا تبين تجاوز الصلح لموضوع الدعوى تعين شهره وقفا للقانون . لذا يقتضى العلم ومراعاة تنفيذ ما تقدم .

رئيس القطاع

الأمين العام

(١) المستشار مصطفى هرجه قانون المرافعات المدنية والتجارية المجلد الثانى الطبعة

يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة فى موضوع الدعوى أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تمسك طالئى التدخل فى دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبىعة ، يعد تدخلا اختصاصيا يطلب به المتدخلون حقا ذاتيا لأنفسهم ، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتبارها مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين عيها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى موضوع طلبهم ، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين " .

(طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٣)

٢- " للغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطالانه أو يبدى الدفع بالبطالان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة ، مدعى أن الصلح أضر بحقوقه ، ودفع الخصم فى مواجهته بانتهاء الدعوى صلحا كان فى مكتته الرد على هذا الدفع ببطالان الصلح ، ولا يجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد انتهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الصلح

صحيحاً، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح " .

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٤)

٣- "تمسك المتدخلة في دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تدخلاً خصامياً تطلب به المتدخلة لنفسها حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في طلب التدخل رفضاً أو قبولا ، اعتباراً بأن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة ، وعلى أساس أن الحكم الذي يصدر بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أياً كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

والتدخل في هذه الحالة يصبح طرفاً في الخصومة ويكون الحكم الصادر فيها حجة له وعليه ولو حسم النزاع صلحاً بين الخصوم الأصليين^(١) .

١٥٨ - اعتبار عقد الصلح الذي لم تصدق عليه المحكمة سناً في الدعوى :

إذا امتنع على المحكمة التصديق على الصلح سواء لعدم انطواء عقد الصلح على مقوماته وأركانه ، أو لأن الخصوم أو أحدهم لم يطلب من

(١) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز ص ٦٣ ونقض طعن ٥٩٣ لسنة ٤٦ ق جلسة

١٩٧٩/١/٢٧ غير المنشور والذي أشار إليه .

المحكمة التصديق على عقد الصلح أو رجوع فيه ، أو تغييب أحد الخصوم عند تقديم العقد إلى المحكمة ، فليس معني ذلك إهدار كل قيمة لهذا العقد، بل يتعين عليها أن تعتبر هذا العقد سنداً في الدعوى يجوز لها أن تحكم بمقتضاه ، وقد يتضمن هذا السند إقراراً من الخصم أو تركاً للخصومة باعتباره بياناً كتابياً موقعاً عليه منه ، مع توقيع خصمه عليه أو اطلاعه عليه (م ١٤١ مرافعات) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " لئن كان لا يجوز للمحكمة أن توثق عقد الصلح المبرم بين الطرفين متى رجع أحدهما فيه ، إلا أن عليها أن تعتبره سنداً في الدعوى يجوز لها أن تحكم بما تضمنه " .

(ب) - " إذا كان الثابت أن عقد الصلح الذي طلبت المطعون ضدها أخذ الطاعن به يعد بياناً كتابياً صريحاً موقعاً من الطرفين يقرر فيه الطاعن ترك الخصومة في هذا الطعن ، على نحو تتحقق به إحدى الطرق التي تتطلبها المادة ١٤١ من قانون المرافعات في شأن ترك الخصومة . وكان الطاعن قد قرر في عقد الصلح نزوله عن الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن بالنقض في الحكم المطعون فيه قد انقضى وقت إقراره بهذا النزول ، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى بطلب فسخ عقد الصلح فإن النزول عن الطعن أو ترك الخصومة فيه حسب تعبير قانون المرافعات - متى حصل

بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتضمن بالضرورة نزولا من الطاعن عن حقه في الطعن، وإذا كان النزول عن الحق في الطعن يتم وتحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر ، ولا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه ، فإن ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه ، اعتبارا بأنه يتضمن تنازلا عن الحق في الطعن ملزما لصاحبه بغير حاجة إلى قبول يصدر من المتنازل إليه ، لما كان ذلك . وكان ترك الطاعن الخصومة في الطعن قد تم وأنتج أثره فلا يغير منه إقامة التارك بعد ذلك الدعوى بطلب فسخ عقد الصلح ، ومن ثم فإنه يتعين الحكم بقبول هذا الترك " .

(طعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥)

أما إذا أنكر أحد الخصوم توقيعه على عقد الصلح ، فإن المحكمة تطبق نصوص المواد ١٤ ، ٣٠ وما بعدها من قانون الإثبات .

طبيعة الحكم الصادر من القاضى بالتصديق على الصلح وأثار ذلك:

١٥٩- تصديق القاضى على الصلح بمقتضى سلطته الولائية :

القاضى عندما يصدق على عقد الصلح ، إنما يصدق عليه بمقتضى سلطته الولائية وليس سلطته القضائية لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، فهو يقوم بمهمة الموثق .

ويرتب على ذلك أن الحكم الذى يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ليكون له قوة السند التنفيذى، وإن أعطى شكل الأحكام إلا أنه فى حقيقته لا يعدو أن يكون عقدا وليست له حجية الشئ المحكوم فيه .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " إن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته " .

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩ ق جلسة ١٩/٤/١٩٥١)

٢- " القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا ليس له حجية الشئ المحكوم فيه " .

(طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

ويترتب على طبيعة الحكم هذه الآثار الآتية :

(أ) - عدم جواز الطعن في الحكم بالطرق المقررة للطعن بالأحكام.

فإذا طعن في الحكم بإحدى هذه الطرق ، تعين على المحكمة القضاء بعدم جواز الطعن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ١٠٣ من قانون المرافعات أن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية ، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا وليس له حجية الشيء المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته . لما كان ذلك ، فإن الطعن على هذا الحكم - الذى قضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه - غير جائز " .

(طعن رقم ٩٩٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٦/٢٢)

٢- " لا يسوغ لمحكمة الاستئناف إذا ما طعن في الحكم الصادر بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند واجب التنفيذ أن تعرض في حكمها لأى دفاع يثيره الطاعن متعلقا بالموضوع أيا كان وجه الرأى فيه لما كان ذلك وكان البين من الحكم

المطعون فيه أنه قد انتهى صائبا إلى القضاء بإلحاق عقد الصلح المؤرخ ١٩٨٣/١٠/١ بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي ولم يعرض لما أثاره الطاعن من أوجه دفاع متعلقة بالموضوع أيا كان وجه الرأي فيها فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحى النعى عليه بسبب الطعن على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٤)

٣- " لكن كان الحكم الذى يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ، لا يعدو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون عقدا وليس له حجية الشئ المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ولا يجوز الطعن فيه من طرفيه لأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفته - الفصل فى خصومة - بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية إلخ " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٥٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٢/٣/٣١)

٤- " القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطة الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقدا وليس حكما له حجية الشئ

المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام وإنما يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطالانه إلى المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة .

(طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣) ^(١)

(١) وقارن طعن رقم ٣٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٣/٣١ فقد أجاز للنياية العامة الطعن في حكم التصديق على الصلح بالاستئناف .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان الحكم الذى يقضى بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه ، لا يعدو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون عقداً وليس له حجية الشئ المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته ولا يجوز الطعن فيه من طرفيه لأن القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفته - الفصل في خصومة - بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية إلا أنه لما كانت النياية العامة بعد صدور القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أصبحت طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات فلها أن تبتدى الطلبات والدفع وتباشر كافة الإجراءات التى يحق للخصوم مباشرتها ومسئولهم فإن الحكم الصادر بقبول الصلح يكون حجة على النياية العامة ويحق لها الطعن فيه بطريق الاستئناف - لما كان ذلك وكان المقرر وفقاً للمادة ٥٥١ من القسانون المدنى أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام . وكان القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٦ بشأن التوثيق قد وضع شروطاً لزواج المصرية بأجنبى ، وكانت القيود التى تطلبها هذا القانون من -

(ب) - الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح لا يمنع من القضاء بإلغاء العقد الصادر بشأنه :

طالما أن الحكم الصادر بالتصديق على الصلح لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الأحكام ، فإنه يجوز القضاء بإلغاء العقد الذى صدر الحكم بالتصديق على عقد الصلح المحرر بشأنه إذا كانت هناك أسباب تودى إلى ذلك دون أن يتعارض ذلك مع الحكم الصادر بالتصديق عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاضى وهو يصدق على الصلح- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته ، لما كان ذلك فإنه لا تثريب على

= النظام العام ، فلا يجوز الصلح عليها ، وكانت النيابة قد طلبت فى الاستئناف المقام منها إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند من أن القانون ١٠٣ لسنة ١٩٧٦ قد تطلب فى المادة الخامسة منه توافر عدة شروط لتوثيق عقد زواج المصرية بأجنبى ، وأوجبت المادة السادسة رفض التوثيق إذا لم تتوافر تلك الشروط ، وإذ قضت محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقد الزواج المنعقد بين المصرية والأجنبى بمحضر الجلسة وإثبات معتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى دون مراعاة توافر الشروط التى استوجبتها القانون وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

الحكم المطعون فيه إن هو قضى بإلغاء عقد البيع الذى حرر بشأنه عقد صلح صدقت عليه المحكمة لما تبين من أن هذا البيع هو فى حقيقته وصية رجعت فيها الوصية " .

(طعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٢- " القاضى وهو يصدق على الصلح - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يكون قائماً بوظيفة الفصل فى خصومة لأن مهمته إنما تكون مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً ليس له حجية الشئ المحكوم فيه وإن كان يعطى شكل الأحكام عند إثباته ، لما كان ذلك فإنه لا تترتب على الحكم المطعون فيه إن هو قضى بىطلان عقد البيع المورخ ... الذى حرر بشأن عقد صلح صدقت عليه المحكمة لما تبين أنه صورى صورية مطلقة وأن تلك الصورية تجعل العقد والعدم سواء مما يترتب على الحكم بىطلانه إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على رفع الدعوى بصحته ونفاذه ومنها تسجيل صحيفتها " .

(طعن رقم ٨٩٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٠)

(ج) - إبطال أو فسخ الصلح لا يؤثر على العقد الذى صدر الصلح فى شأنه :

لا يترتب على إبطال أو فسخ الصلح انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله . وإنما يظل التصرف الأصيل قائماً ومنتجاً لآثاره المعدلة بعقد الصلح . ومن ثم إذا أبطل الصلح أو فسخ ظل التصرف الأصيل منتجاً لآثاره .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الصلح لا يترتب عليه قانونا انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله ، وإنما يظل التصرف الأصيل قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح ، بحيث إذا أبطل هذا العقد أو فسخ ظل التصرف الأصيل منتجا لآثاره دون أن ينال منها الصلح الذى أبطل أو فسخ " .

(طعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)

(د) - جواز رفع دعوى مبتدأة بإبطال الصلح :

الحكم الصادر بالتصديق على الصلح وإن كان ليس حكما وإن أعطى شكل الأحكام - كما قررنا سلفا - إلا أنه يعد عقدا . ومن ثم يجوز رفع دعوى مبتدأة بإبطال الحكم الصادر بالتصديق على الصلح أمام المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة أيا كانت المحكمة التى صدقت على الصلح . ويجوز لكل من طرق الصلح طلب إبطال الحكم الصادر بالتصديق لنقص فى الأهلية أو الغلط فى الواقع أو للتدليس أو لغير ذلك من أسباب البطلان .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القاضى وهو يصدق على الصلح بإلحاق ما كتبه الخصوم بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه لا يفصل فى خصومة بل تنحصر مهمته بمقتضى سلطته الولائية فى إثبات ما اتفق عليه وإن أعطى الاتفاق شكل الأحكام بيد أنه لا يجوز حجية الأمر

المقضى فيه ويكون الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام غير جائز وإنما ترفع دعوى مبتدأة بطلانه طبقا للقواعد العامة. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن محكمة أول درجة ألحقت عقد الصلح المقدم إليها بمحضر جلسة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٣ وإثبات محتواه وكان الحكم المطعون فيه قد التزم النظر المتقدم بعدم جواز الاستئناف المقام من الطاعن فإن النعى بسبب الطعن يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٨)

٢- " للغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية بطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح " .

(طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣)

١٦٠- الحصول على اختصاص بموجب حكم التصديق على الصلح:

يجوز أخذ حق اختصاص بموجب الحكم الصادر بالتصديق على الصلح لا لأنه حكم بالتطبيق للمادة ١٠٨٥ مدنى ، بل لأنه قد ورد فى شأنه نص خاص يميز أخذ حق الاختصاص ، وهو المادة ١٠٨٧ مدنى التى تجرى على أن : " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع " (١) .

(١) السنهورى ص ٥٢٥ وما بعدها - محمد على عرفه ص ٢٩٦ هامش (١) .

١٦١. الرسوم المستحقة في حالة التصديق على الصلح :

راجع مؤلفنا التعليق على قوانين الرسوم القضائية (ص ١٤٦ وما بعدها) .

إثبات عقد الصلح :

١٦٢- أولا : في ظل التقنين المدني الجديد :

تنص المادة ٥٥٢ مدق على أن : " لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي " .

والمقصود بالكتابة هنا أى كتابة ولو كانت عرفية والمقصود " بمحضر رسمي " هو محضر الصلح الذى يقدمه الخصوم للقاضى فيقوم بالتصديق عليه وإخاقه بمحضر الجلسة .

وكان النص كما ورد في المادة ٧٤١ من المشروع التمهيدي خلوا من عبارة " أو محضر رسمي " إلا أن هذه العبارة أضيفت إلى المادة في لجنة القانون المدني لأن اشتراط الكتابة في إثبات الصلح يوهم بوجود صدور الكتابة من الطرفين مع أن الصلح يثبت في محضر رسمي أمام القاضى .
وجاء بتقرير اللجنة : " أضيفت إلى المادة عبارة " أو بمحضر رسمي " لأن الصلح يقع أحيانا في المحاكم ويثبت في محاضرها ^(١) .

(١) بمجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٤٧ وما بعدها- وكانت المادة - كما وردت بالمشروع - تتضمن فقرة ثانية تنص على أن : " وإذا تضمن الصلح إنشاء حق عيني على عقار ، أو نقل هذا الحق ، أو تعديله أو إنهائه ، وجب تطبيق الأحكام المتعلقة بالتسجيل " وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي " وقد يسلم أحد المتصالحين للآخر بأن له حقا عينيا على عقار ، -

والحكمة من اشتراط الكتابة للإثبات أن الصلح يتضمن عادة كثيرا من الاتفاقات والاشتراطات التي هي ثمرة المفاوضات والمساومات الطويلة، التي لا يمكن الركون فيها على ذاكرة الشهود ، كما أنه ليس من اللائق أن يكون الصلح وهو الذي يجب أن يفض نزاعا ، سببا في نشوء نزاع آخر في إثباته^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن ذلك :

" وعلة ذلك مفهومه ، فإن الصلح لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يخلق هو نزاعا آخر قد ينشأ عن إباحة إثباته بالبيئة. والمتصالحون يحرصون عادة على إثبات ما اتفقوا عليه لحسم النزاع في ورقة مكتوبة " ^(٢).

وقد اشترط النص الكتابة للإثبات ، وليس للانعقاد ، لأن عقد الصلح - كما رأينا سلفا - عقد رضائي ينعقد بالإيجاب والقبول.

ومن ثم يترتب على ذلك أنه إذا لم توجد كتابة لإثبات الصلح ، جاز إثباته بالإقرار واليمين ، ويجوز استجواب الخصم لاحتمال أن يقر بالصلح.

كذلك يجوز إثبات الصلح بالبيئة والقرائن ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل

= فيجب أن يسجل الصلح في هذه الحالة حتى يسرى في حق الغير ، أما فيما بين المتصالحين فيسرى دون تسجيل " إلا أنها حذفت في لجنة المراجعة .

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٤٧ .

كتابي ، أو إذا فقد السند الكتابي الذي كان معدا من قبل بسبب أجنبي (م ٦٣ من قانون الإثبات) .

كذلك يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م ١/٦٢ من قانون الإثبات) .

وإذا كان موضوع الصلح عملا تجاريا جاز إثباته بكافة طرق الإثبات ولو تجاوزت قيمته خمسمائة جنيه (م ٦٠ من قانون الإثبات) ^(١) .
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" والكتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد ، فيجوز الإثبات باليمين والإقرار ، ولكن لا يجوز الإثبات باليمين أو بالقرائن ولو في صلح لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات " خمسمائة جنيه الآن " إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الكتابة " ^(٢) .
وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" وإذا كان القانون المدني قد نص في المادة ٥٥٢ منه على أن " لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي فهذه الكتابة لازمة للإثبات لا للانعقاد وتبعا لذلك يجوز الإثبات باليمين أو بالقرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة إلخ " .

(طعن رقم ٩٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤)

(١) السنهوري ص ٥٢٩ - محمد علي عرفه ص ٢٩٧ - يس محمد يحيى ص ٤١٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٤٧ .

١٦٣- ثانيا: في ظل القانون المدني القديم :

لم يرد نص في القانون المدنى القديم خاصا بإثبات الصلح . ولذلك كانت تطبق القواعد العامة فى الإثبات فيجوز إثباته بالبينة إذا لم تتجاوز قيمته عشرة جنيهات .

غير أن المحاكم المختلطة ألزمت نفسها بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٤٤ من القانون المدنى الفرنسى التى أوجبت أن يحرر عقد الصلح بالكتابة ، واقتضت إثبات عقد الصلح بالكتابة أيا كانت قيمته ، بل كانت هذه المحاكم أشد غلوا فى تفسير النص المذكور من المحاكم الفرنسية نفسها ، فلم تجز الإثبات بالبينة عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة^(١).

(شروط الصحة)

١٦٤- تعداد :

شروط الصحة فى عقد الصلح ، شأنها شأن شروط الصحة فى أى عقد آخر ، وشروط الصحة شرطان هما :

- ١- توافر الأهلية فى الطرفين المتصلحين.
- ٢- خلو إرادة الطرفين المتصلحين من عيوب الإرادة .

(١) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر ١٨٧٩ ، ١٠ أبريل ١٨٨١ مشار إليهما فى محمود

جمال الدين زكى ص ٤٠ هامش (٤) .

موضوع رقم (١٦)

(الأهلية في عقد الصلح)

١٦٥- النص القانوني :

المادة (٥٥٠) مدني :

" يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح " .

١٦٦- الأهلية في الصلح هي أهلية التصرف بعوض:

تطلب المادة ٥٥٠ مدني فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح . فلا يكفي أن تتوافر لدى المتصلحين أهلية التعاقد فقط ، بل يجب أن تتوافر فيهما أهلية التصرف بعوض في الحق المتنازع فيه ، لأنه يترتب على الصلح تنازل كل من المتصلحين عن جزء من ادعائه نظير تنازل الآخر عن جزء من ادعائه . وهذا النزول بمقابل هو تصرف بعوض ، ومن ثم يجب أن تتوافر للمتصلح أهلية التصرف في الحقوق حتى يعتد بتنازله عن جزء منها . وأهلية التصرف بعوض يقصد بها أهلية القيام بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

ويكفي توافر هذه الأهلية لدى المتصلحين ، ولا يلزم أن تتوافر لهما أهلية التبرع ، لأنه وإن كان من مقتضى الصلح التنازل عن بعض الحقوق

فإن هذا التنازل لا يقصد به التبرع ، بل إنه يكون في مقابل حصول المتنازل على توضيحية مقابلة من جانب الطرف الآخر .
والأهلية الكاملة تتوافر للشخص الذى بلغ الحادية والعشرين سنة ميلادية متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه (٤٤م مدنى) .

١٦٧-البالغ الرشيد :

إذا بلغ الشخص سن الرشد وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وبالتالي تثبت له أهلية التصرف بعوض ، ويجوز له التصالح على كافة الادعاءات .
وثمة حالة خاصة يحرم فيها القانون البالغ الرشيد من أهلية الصلح . وهى حالة الصلح بين الوصى والقاصر الذى بلغ سن الرشد . إذ تنص المادة ٥٢ المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن :

" يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥ " . فقد افترض المشرع أن المخالصة التى أمضاها من بلغ سن الرشد أو التعهد الذى أخذه على نفسه لمصلحة الوصى أنه صلح تم بين الطرفين^(١) ، ولكنه صلح فرضه

(١) السنهورى ص ٥٣٢ وما بعدها - محمد على عرفه ص ٣٠١ وما بعدها - أكثم الخولى ص ٣٠ - محمد كمال حمدى الجزء الأول ص ١٧٤ - وقارن الدكتور يسى محمد يحيى ص ٢٣٦ إذ يرى أن نص المادة ٥٢ المشار إليه لا يساعد على التخرج الوارد بالمتن وأنه من التعسف فى تفسير هذا النص القول بأن هذه المخالصة أو هذا التعهد يتضمن صلحا لأن كلا منهما تصرف صادر من جانب واحد وإرادة منفردة من القاصر ، فى حين أن المعنى الفنى لمفهوم

الوصى على من كان قاصرا مستغلا للظروف التي هو فيها وتلفه على وضع يده على أمواله ، فإذا صدرت هذه المخالصة أو هذا التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى للحساب ، اكتملت القرينة التي فرضها القانون ، لأن هذه المدة ليست كافية ليتخلص الشخص من تأثير وصيه السابق ، وليتاح للقاصر الذي يرشد فرصة مقبولة لدراسة موقفه من الوصى والاطلاع على الحساب والاسترشاد بذوى الخبرة ، ومن ثم فقد أقام المشرع قرينة على أن التعامل في هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه . وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس ، فجعل هذا التعهد وهذه المخالصة قابلة للإبطال وهو بطلان نسبي مقرر لمصلحة القاصر ، وقصد منه حماية مصلحة الرشيد في الفترة المذكورة ، فلا يترتب أثر البطلان إلا بناء على طلبه .

ولكن هذا البطلان لا يرجع إلى نقص أهلية من كان قاصرا في عقد الصلح ، فقد بلغ رشيدا وأصبح أهلا للتصالح وإنما يرجع البطلان للظروف التي ذكرناها إذ أقام المشرع قرينة على أن التعامل في هذه الأحوال إنما يتم تحت الضغط والإكراه ، وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، أى أن البطلان يرجع إلى عيب في الإرادة وهو الإكراه المفترض لا إلى نقص الأهلية^(١) .

الصلح كما حدده القانون هو النزول المتبادل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته ، فضلا عما في هذا الرأي من قيد على حرية القاصر الذي بلغ سن الرشيد في الحد من تصرفاته .

(١) السهنورى ص ٥٣٢ وما بعدها - كمال حمدي الجزء الأول ص ١٧٤ .

والبطلان لا يلحق سوى الصلح المتعلق بأمر الوصاية . وفيما عدا ذلك يعتبر الصلح الحاصل بين القاصر الذى بلغ رشده ووصيه السابق عن أية منازعة لا تمس أمور الوصاية صحيحا ملزما لطرفيه . وتعليل ذلك ظاهر وهو أن الشخص البالغ رشده أهل لأن يتصلح فى كل شأن من شئونه إلا ما تعلق منها بأمر الوصاية فيمتنع عليه الصلح بشأنها إذا لم تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون^(١) .

غير أنه يمكن القول بأن كل تعهد أو مخالصة تصدر من كان قاصرا لمصلحة وصيه السابق فى خلال السنة يفترض فيها أنها متعلقة بأمور الوصاية إلى أن يقيم الوصى السابق الدليل على العكس^(٢) .

ولا يسرى حكم النص على الصلح الذى يعقده القاصر بعد بلوغه مع ورثة وصيه السابق ، كما لا يسرى على الصلح الذى يعقده الوصى مع ورثة القاصر ، إذ أن القانون قصد حماية القاصر دون ورثته ، كما أنه قصد أن يحميه من استغلال وصيه بالذات خشية أن يكون متأثرا بسلطانة السابق . فلا مبرر إذن لإسداء هذه الحماية إلى تعامل الرجل الرشيد مع ورثة وصيه السابق لاتقاء العلة التى من أجلها تقرر البطلان^(٣) .

وهذه الدعوى وإن كانت قائمة على الإكراه المفترض إذ يرجع البطلان لعب في الإرادة- كما أوضحنا سلفا - إلا أنها تعتبر من

(١) محمد على عرفه ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) السهنورى ص ٥٣٣ هامش (١) أكتم الخولى ص ٣٠ هامش (١) .

(٣) محمد على عرفه ص ٣٠٣ - السهنورى ص ٥٣٣ هامش (١) .

الدعوى المتعلقة بأمور الوصاية فتسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية (م ٥٣/١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) بعكس الحال فى دعوى الإبطال للإكراه التى نصت المادة ١٤٠ مدنى على أنها تسقط بثلاث سنوات من يوم انقطاع الإكراه أو بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد^(١).

ويسرى حكم المادة ٥٢ سالفه الذكر على التعهد أو المخالصة التى تصدر ممن كان محجورا عليه ورفع عنه الحجر لمصلحة القيم السابق .

١٦٨- الصب المميز والحجور عليه :

الصب المميز لا يجوز له كقاعدة عامة مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وإنما يباشرها وليه أو وصيه نيابة عنه على النحو المبين فى القانون .

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة ما يأتى :

(١) السنهورى ص ٥٣٣ وما بعدها - محمد كمال حمدى ص ١٧٥ - أكثم الخولى ص ٣٠ - وقارن محمد على عرفه ص ٣٠٢ هامش (١) فبرى أن دعوى البطلان لا تسقط إلا بالتقادم الطويل إذ يذهب إلى أن " تقضى المادة ١٤٠ من القانون المدنى الجديد بسقوط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . وحددت بدء سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب. لما كان البطلان مقرر لمن يبلغ سن الرشد تحقيقا لمصلحة عامة وهى منع تلاعب الأوصياء بمن كانوا تحت إشرافهم وفى رعايتهم ، فإننا نرى أن دعوى البطلان لا تسقط إلا بالتقادم الطويل ، وفقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٤١ " .

١- الصلح على المال الذى يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته (م ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٠).

٢- الصلح على المال الذى يكسبه القاصر الذى بلغ السادسة عشرة من عمله من أجر أو غيره (م ٦٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

٣- الصلح على الحقوق الناشئة عن الإدارة للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة وأذن له بالإرادة (م ٥٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢^(١)).

وكذلك الصلح على الحقوق الناشئة عن تجارته إذا أذن له فى ذلك (م ٥٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

ويجوز للولى التصالح على حقوق القاصر مع مراعاة القيود الآتية :

١- لا يجوز للولى أن يتصالح على عقار القاصر مع نفسه أو زوجته أو أقاربه أو لقاريها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له التصالح على رهن عقار القاصر لدين نفسه (م ٦٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

٢- لا يجوز للأب أن يتصالح على العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة (م ٧٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

(١) محمد على عرفه ص ٢٩٨ وما بعدها- السنهورى ص ٥٣٥- يس محمد يحيى

٣- لا يجوز للولى التصالح على المال المورث للقاصر إذا كان مورث القاصر قد أوصى بذلك ، إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (م ٨٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

٤- لا يجوز للولى التصالح على إقراض مال القاصر ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (م ٦٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).
ويلاحظ أن القيود سالفة الذكر لا تسرى على ما آل إلى القاصر من ماله بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً (م ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

٥- لا يجوز للحد بغير إذن المحكمة التصالح على مال القاصر أو على التنازل عن التأمينات أو إضعافها (م ١٥٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه " لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة، يدل على أنه يجوز للولى إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوق القاصر ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح

عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه وأن له دون إذن قبض المستحق للقاصر " .

(طعن رقم ٦٦ ٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

أما الوصى فلا يجوز له التصالح على حقوق القاصر إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة (٣٩م / ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

ويبين مما تقدم أن ولاية الأب في الصلح أوسع نطاقا من ولاية الجد إذ أن الجد ليس له أن يبرم صلحا عن الصغير الذي في ولايته في جميع الأحوال إلا بإذن من المحكمة^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت واقعة الدعوى هي أن زيدا المحجور عليه كان مدينا لبكر في مبلغ ٣٥١٠ ج بمقتضى حكمين أحدهما نهائى بمبلغ ٢١٩٠ ج والآخر ابتدائى استؤنف بمبلغ ١٣٢٠ ج ، وأن القيم اتفق مع الدائن على أن يتنازل عن ١٩٠ ج من الدين المحكوم به نهائيا وعن كل الدين الآخر ويصبح كل ماله ٢٠٠٠ ج فقط ، وأحب الدائن هذا المبلغ من خالد ، وفي نظير ذلك كتب له المحجور عليه - وهو في مدة وضعه تحت الاختبار - على نفسه سندات بهذا المبلغ ، فإن هذا الاتفاق الذى تم لا يعتبر صلحا بالمعنى القانونى إذ هو لم يترك بمقتضاه كل من المتعاقدين جزءا من حقوقه على وجه التقابل لقطع نزاع حاصل أو لمنع وقوع نزاع ، وإنما هو مجرد اتفاق حصل بمقتضاه القيم على تنازل من جانب الدائن وحده للمحجور عليه المدين عن بعض ما عليه من الدين قبل الحجر ، وهو اتفاق فيه نفع محض للمحجور عليه إذ هو لم يلتزم -

والمحجور عليه كالصبي المميز ، وولاية القيم في الصلح على ماله
كولاية الوصي في الصلح على مال القاصر .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " متى كانت المحكمة قد قررت أن المجلس الحسبي لم يأذن
للوصيين بمباشرة الصلح الذي بينهما وبين الطاعن والذي سلما فيه بطله
فسخ العقد المحرر بينه وبين مورث المطعون عليهم على أساس أنه عقد
رهن فإن في هذا الذي قرره ما يكفي لحمل قضائها بإبطال هذا الصلح
وفقا للمادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية . أما ما ورد في الحكم في
خصوص العقد المشار إليه واعتباره عقد بيع وفائي صار بيعا باتا لا عقد
رهن فهو من قبيل التزيد الذي استطردت إليه المحكمة دون أن تكون
في حاجة إليه ودون أن يؤثر على سلامة النتيجة التي انتهت إليها، ذلك
بأنه متى كان العقد المذكور هو بحسب ظاهره عقد بيع وفائي فيكون
الصلح الذي يقصد به اعتباره عقد رهن قابلا للإبطال إذا لم يكن مأذونا
به من المجلس الحسبي ، ومادام نطاق الدعوى كان محصورا في هذا الطلب
فيكون التعرض لما عداه غير لازم للفصل فيها " .

(ب) - " إنه وإن كان لم يرد في المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية
نص صريح على إبطال التصرفات الواردة فيها إذا ما باشرها الأوصياء

- فيه بشئ جديد بل نقصت به التزاماته السابقة إلى حد كبير ، فهو والحالة
هذه لا يقتضى الحصول في شأنه على إذن من المجلس الحسبي " .
(طعن رقم ٦٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

بدون إذن من المجلس الحسبي إلا أنه لما كان الأمر في هذه الحالة متعلقا بأهلية ناقصة وقد أوجب القانون إذن المجلس الحسبي لتكتملتها فيسرى عليها بغير حاجة إلى نص خاص حكم المادة ١٣١ من القانون المدنى (القديم) الذى يقضى بأن مجرد نقص الأهلية موجب لإبطال المشاركة حتى ولو تجردت من أى ضرر أو غبن بالقاصر " .

(ج) - " متى كان عقد الصلح قد اشتمل على تسليم الوصى باعتبار العقد المحرر بين الطاعن ومورث المطعون عليهم عقد رهن لا عقد بيع وفائى خلافا لظاهره فيكون صحيحا ما قرره المحكمة من أنه قد تضمن نزولا عن حق متنازع عليه لا تخالفا عن دين " .

(طعن رقم ١٢٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤)

٣- الصبى غير المميز :

الصبى غير المميز وهو الذى لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز (م/٢٤٥) ، ولا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية (م ١/٤٥ مدنى) . فهو لا يملك مجرد التعاقد ، والتصرف من باب أولى وبالتالي لا يملك الصلح على حقوقه .

وقد ناط القانون بالولى والوصى التصالح على حقوقه ، وذلك وفقا للضوابط التى ذكرناها بالنسبة للصبى المميز .

والجنون والمعتوه فاقدا للتمييز كالصبى غير المميز .

راجع فى التفصيل بند (٦٦) وراجع فى البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنابة بند (٦٧) والبالغ الرشيد ذى العاهتين بند (٦٨) .

موضوع رقم (١٧)

(عيوب الرضاء فى عقد الصلح)

١٦٩- وجوب أن يكون الرضاء خاليا من العيوب :

يخضع عقد الصلح - إلا ما استثنى- للقواعد العامة التى تحكم الرضاء فى العقود ، فيجب أن يكون الرضاء بالصلح خاليا من العيوب ، شأنه شأن أى عقد آخر .

وعيوب الرضاء هى: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . إلا أن القانون أتى بحكم خاص بالنسبة للغلط فى عقد الصلح فنصت المادة ٥٥٦ مدنى على أنه لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون . وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يتضمن أربع مواد أخرى (المواد ٧٤٨ - ٧٥١) فى تنظيم عيوب الرضاء فى الصلح إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة ^(١) .

وعلى ذلك إذا شاب الرضاء تدليس كان الصلح قابلا للإبطال لمصلحة من دلس عليه .

ومثال ذلك :

١- أن يتناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين العاقدين بوجه عام ، ثم تظهر بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح لأن أحد المتعاقدين كان قد أخفاها عن العاقد الآخر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٨ وما بعدها أنظر أيضا بند (١٧٤).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الإكراه والتدليس يجعلان الصلح قابلا للبطلان ، كما هو الحال فى أى عقد آخر ، ومن أمثلة التدليس أنه إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ، ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح ، فلا يكون ذلك سببا فى بطلان العقد لأن المفروض أن هذا الغلط غير جوهري مادام الصلح يتناول جميع المنازعات القائمة لا نزاعا معينا بالذات ، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين ، لأن هذا يعد تدليسا مبطلا للصلح ، ويلاحظ أن الأوراق إذا أخفيت بفعل أجنبى ، فإن كان متواطئا مع أحد المتعاقدين، جاز أن يعتبر هذا تدليسا صادرا من المتعاقد " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كانت المادة ٥٣٥ من القانون المدنى القديم تنص على أنه "لا يجوز الطعن فى الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشئ أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها إلا أن تطبيق هذه المادة مقصور على المتعاقدين أما الأجنبى عن الصلح فإنه لا يحتاج به " .

(طعن رقم ٦٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩/٤/١٩٥١)

٢- أن يكون الدائن قد دفع إلى صلح تحت تأثير الاعتقاد بعسر المدين واحتياجه بعد أن ثبت أن هذا الاعتقاد لم ينشأ إلا عن احتيال المدين (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيو ١٨٩٣ .

٣- إذا تصالح المستأمن مع المؤمن على أن يأخذ مبلغا معينا في مقابل أن يتنازل له عن ملكية السفينة إذا ما وصلت إلى الميناء ، وكان المستأمن قد أحفى على المؤمن الالتزامات التى تقع على السفينة^(١).

٤- إذا ربح سند جائزة وكتب بائع السند عن مشتره هذا الأمر ، وطالبه بالفسخ لعدم دفع الثمن ، ثم صالحه على الفسخ^(٢).

وإذا شاب الرضاء إكراه ، جاز أيضا إبطال الصلح وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين ١٢٧ ، ١٢٨ مدنى . ومثال ذلك :

١- صلح أكره عليه ربان سفينة يرفع دعوى عليه دون أى سند قانونى ، وكان الغرض الوحيد منها هو الحكم عليه بتعويض لاحق للمدعى فيه ، ولكن ترتب عليها توقيع الحجز على سفينة ومنعها من مغادرة الميناء فى اليوم السابق مباشرة على اليوم المحدد لرحيلها^(٣).

٢- إذا هدد أحد المتصالحين الآخر بأن يحرك ضده الدعوى العمومية عن طريق الشكوى عن فعل يعتبر جريمة ماسة بالشرف أو السمعة والكرامة ، وتوصل عن طريق هذا التهديد إلى إرغامه على الصلح فيما يتفرع عن هذا الفعل من نتائج مالية^(٤).

(١) محكمة بورдо فى ٢ أبريل ١٨٣٥ .

(٢) حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٣١/١٢/١٩٢٩ .

(٣) نقض فرنسى فى ١٩ فبراير ١٨٧٩ .

(٤) محمد على عرفه ص ٣٣٢ .

وإذا شاب عقد الصلح استغلال أحد الطرفين في الطرف الآخر طيشا
بيننا أو هوى جامحا فدفعه إلى إبرام الصلح فإنه يجوز للمستغل أن يطلب
إبطال الصلح رافعا دعوى الاستغلال طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها
في المادتين ١٢٩ ، ١٣٠ مدني .

أما مجرد الغبن دون أن يكون مشوبا باستغلال ، فلا يكون سببا في
إبطال الصلح .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الغبن فلا يؤثر في الصلح ، إلا إذا تبين أن أحد المتصالحين قد
استغل حاجة المتصالح الآخر أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه
فيحوز الطعن في الصلح وفقا للمادة ١٧٩ من المشروع " ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ٥٤٩ من القانون المدني أن من أركان عقد الصلح
نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه وإذا كان لا يشترط في الصلح
أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف
الآخر ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن في الصلح . وكان القانون المدني لم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٠ - وكانت الفقرة الثانية من المادة

٧٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أن : " ولا يجوز الطعن فيه بسبب

الغبن أو بسبب غلط في القانون " إلا أن اللجنة عدلت المادة كلها إلى النص

الراهن اكفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٥٨

وما بعدها)

يجعل الغبن سببا من أسباب الطعن في العقود إلا في حالات معينة ليس من بينها الصلح ، إذ تقتضى طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم إجازة الطعن بالصلح بالغبن هو نعى لا أساس له " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

الغلط في القانون في عقد الصلح :

١٧٠. المقصود بالغلط في القانون :

المقصود بالغلط في القانون ، الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلا للخلاف ، فهذا هو الذى يحتج به .

أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد. ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجع رأيا على رأى خطأ ما عد هذا غلط في القانون ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر في قضاء هذه المحكمة وفقا للمادتين ١٢٠ ، ١٢٢ من التقنين المدنى أن للمتعاقد الذى وقع في غلط في القانون أن يطلب إبطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهريا ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه " .

(طعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣)

ويلاحظ أن الغلط في القانون ينبغي ألا يلتبس مع قاعدة أخرى تقضى بأنه لا يعذر المرء بجهله القانون . فإن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ويدخل في هذه القوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية كالقانون الذى يحدد حد أقصى للفائدة . أما إذا كان الغلط واقعا في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام فيمكن التمسك به لإبطال العقد إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما هو الحال في عقد الصلح^(١).

١٧١ - لا يجوز الطعن في الصلح لغلط في القانون :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ١٢٢ مدنى بأن العقد يكون قابلا للإبطال لغلط في القانون إذ جرى نص المادة على أن : " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره " . إلا أن المادة ٥٥٦ مدنى - بالتطبيق لعجز المادة السابقة - استثنت من حكمها الغلط في تطبيق القانون في عقد الصلح ، فلا يكون عقد الصلح قابلا للإبطال لغلط في القانون إذ نصت على أن : لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون " ^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٥٩ .

(٢) الوضع في ظل القانون القديم :

سار القضاء في ظل القانون القديم على استبعاد الغلط في القانون في عقد الصلح رغم انعدام نص صريح مماثل للمادة ٥٥٦ مدنى . فقد كانت المادة ٦٥٧/٥٣٥ من القانون القديم تنص على أنه : " لا يجوز الطعن في -

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى استبعاد عقد الصلح من القواعد العامة فى إبطال العقد لغلط فى القانون بقولها :

" والسبب فى أن الغلط فى فهم القانون لا يؤثر فى الصلح ، أن المتصلحين كانا وهما فى معرض المناقشة فى حقوقهما ، يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق ، بل المفروض لئهما تثبتا من هذا الأمر ، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط فى فهم القانون " (١).

= الصلح . إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو الشئ أو بسبب تزوير السندات التى على موجهها صار الصلح وتبين بعده تزويرها " .

وقد أسست غالبية الأحكام استبعاد الغلط فى القانون على أن أسباب البطلان وردت على سبيل الحصر فى هذا النص (استئناف القاهرة ٤ مايو ١٨٩٩ الحقوق ١ لسنة ١٤ ص ١٨٢ - كفر الزيات الجزئية فى مايو ١٩١٣ الشرائع السنة الأولى ص ٥١) .

ولكن هذا التعليل غير سليم لأن المادة لم تذكر كل أسباب البطلان ، والقول به معناه أن الصلح لا يبطل للإكراه أو نقص الأهلية لانعدام النص عليها . وهذا غير مقبول ولم يدر بخلد أحد .

وكان يمكن استبعاد الغلط فى القانون من بين أوجه بطلان الصلح ، لا لأن المادة ٦٥٧/٥٣٥ قد عدت هذه الأوجه على سبيل الحصر ، وإنما على أسس الاستنتاج العكسى لمضمون نصها لا يجوز الطعن فى الصلح " بسبب غلط محسوس فى الشخص أو فى الشئ " ، فيقصد به الغلط فى الواقع واستبعاد الغلط فى القانون (محمود جمال الدين زكى ص ٢٩ وما بعدها - أكتفم الخولى ص ٢٤ هامش ١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦١ .

والواقع أن حكم المادة ٥٥٦ مأخوذ عن حكم المادة ٢/٢٠٥٢ من التقنين الفرنسى ، وكان التعليل السابق يتردد كثيرا فى الفقه الفرنسى ، وهو تعليل لم يتقبله الفقه الحديث ، وقد حاول مع فقدته للمبدأ ذاته ، أن يجد له أساسا منطقيا ، واقترحت تعليقات كثيرة لعل أحدثها وأصحها ما يقوم على رد هذه القاعدة إلى طبيعة الصلح ذاته وحقيقة إرادة المتصلحين. ذلك أن الطرفين حينما يتنازلان بالصلح عن حق الدعوى الثابت لكل منهما إنما يتنازلان عن طرح النزاع أمام القضاء ليقول كلمة القانون فيه مبينا ما يقوم عليه أحد الادعاءين من غلط فى القانون ، فهما فى الواقع يتنازلان عن معرفة حكم القانون فى نزاعهما ويفضلان حسمه عن غير الطريق الطبيعى لفضه متحملين بذلك مخاطر ما قد يقعان فيه من غلط فى فهم أحكام القانون . فإذا أجزنا لهما بعد ذلك الطعن فى الصلح بالغلط فى القانون لخالفنا الغرض من الصلح وأهدرنا إرادة المتعاقدين^(١).

١٧٢. نطاق تطبيق قاعدة عدم الطعن فى الصلح بالغلط فى القانون :

قاعدة عدم الطعن على الصلح لغلط فى القانون ، قاعدة استثنائية مستمدة من نص المادة ٥٥٦ مدنى على خلاف القاعدة العامة التى تجيز الطعن فى العقود بالغلط فى القانون والمنصوص عليها بالمادة ١٢٢ مدنى، ومن ثم كان يجب على القضاء تطبيق هذا الاستثناء تطبيقا ضيقا ، إلا أن ذلك لم يتحقق ، وتوسع القضاء فى تطبيق هذه القاعدة الاستثنائية .

(١) أكرم الخولى ص ٢٢ وما بعدها. - السنهاورى ص ٥٤ .

وعلى سبيل المثال فإن القضاء يرفض إبطال عقد الصلح إذا اجتمع الغلط في القانون مع الغلط في الواقع ، وجعل الغلط في القانون يجب الغلط في الواقع إذا كان هذا الغلط غير مغتفر. فإذا اصططح شخصان في شأن سند باطل ، وكانا واقعين في غلط في الواقع وغلط في القانون ، في شأن هذا البطلان ، فإن الصلح مع ذلك لا يطل للغلط إذا ظهر أنه كان ينبغي أن يدرك المتصالحان بطلان السند^(١).

١٧٣- الغلط في الواقع :

لم يأت التقنين المدني الجديد بأى حكم استثنائي فيما يتعلق بالغلط في الواقع فتطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين ١٢٠ ، ١٢١^(٢)

(١) نقض فرنسى ١٩ ديسمبر ١٨٦٥ - السهورى ص ٥٤٠ وما بعدها- أكرم الخولى ٢٤ وما بعدها .

(٢) تنص المادة ١٢٠ على أن :

" إذا وقع التعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان التعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

وتنص المادة ١٢١ على أن :

" ١- يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط

٢- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

مدنى ، وبناء على ذلك يجوز إبطال الصلح إذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط جوهرى فى الوقائع سواء كان الغلط فى شخص المتعاقد أو فى صفته أو فى الشئ محل النزاع أو فى صفته أو فى الباعث متى كان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد وكان المتعاقد الآخر قد وقع فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

ومن أمثلة إبطال الصلح لغلط فى الواقع ، اتفاق الجنى عليه مع الجاني الذى تسبب فى إصابته أو مع شركة التأمين على التصالح على مبلغ معين، ثم يتبين فيما بعد أن الإصابة أكثر جساما ، وتكشف عن ضرر يختلف فى طبيعته عن الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح ، كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب ، وليس كذلك تفاقم الضرر الذى كان موجودا وقت الصلح ، فلا يعدو أن يكون غبنا ، والغبن لا يؤثر فى الصلح .

ويلاحظ أن شركات التأمين فى فرنسا تضع شروطا فى عقود الصلح تحميها من المطالبة بإبطالها إذا تبين للمضروب ضرر جديد أو تفاقم الضرر السابق ، فتشترط شركات التأمين على المضروب أن يوقع على كونه قبل

= (أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد " .

كونه قبل الصلح وتنازل عن المطالبة بأية مبالغ أخرى عن الأضرار التي تتكشف عنها الإصابة. ورغم أن القضاء الفرنسي قد أقر صحة هذه الشروط إلا أن الفقه ينتقده ، لأن المتعاقد يعتبر واقعا في غلط ، ولا تصح إجازة هذا العقد المشوب بغلط إلا بعد أن ينكشف الغلط ^(١).

ومن هذه الأمثلة أيضا إذا اشترى شخص أرضا معتقدا أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له وأن الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها إلى الطريق العام. أو شراء سيارة على أنها جديدة ولم تستعمل إلا على سبيل الفحص والتجربة ثم يتبين أنها استعملت كثيرا وأنه سبق ردها من مشتر آخر لهذا السبب ^(٢).

١٧٤- أمثلة للغلط في الواقع واردة في المشروع التمهيدى :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدق الخالى يتضمن أربع مواد تنظم الغلط في الواقع في عقد الصلح هي المواد (٧٤٨ إلى ٧٥١) وهى تقابل المواد (١٠٥٤ - ٢٠٥٧) من التقنين المدق الفرنسي ، إلا أن هذه المواد حذفت في لجنة المراجعة لأن أحكامها مستفادة من القواعد العامة . وقد لاحظ بعض الفقهاء ^(٣) أن تطبيق القواعد العامة على الحالات التى تضمنها المشروع التمهيدى لا يؤدي تماما إلى الأحكام التى تضمنتها

(١) السنهورى ص ٥٤٣ وما بعدها - محي الدين علم الدين ص ٦٤ .

(٢) الدكتور عبد المنعم الصده في مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ١٩٠ .

(٣) يس محي ص ٢٧٤ وما بعدها - أكرم الخولى ص ٢٤ هامش (١) .

النصوص ، بل إن منها ما لا يمكن أن يودى إليه مجرد تطبيق القواعد العامة في الغلط .

ونعرض لأحكام هذه المواد فيما يلي :

١- كانت المادة ٧٤٨ تنص على أنه :

" ١- يكون الصلح قابلاً للبطلان ، إذا كان قد أبرم تنفيذاً لسند باطل ، وكان المتعاقد يجهل هذا البطلان بسبب غلط مادي . والغلط مفروض لصلح من يدعيه ، إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من نكوله عن اليمين .

' ٢- أما إذا وقع الصلح صراحة على بطلان السند ذاته ، فإن العقد يكون صحيحاً " .

وفي هذا النص مخالفة للقواعد العامة لأنه يقرر أن الغلط مفروض لصلح من يدعيه إلا إذا ثبت العكس إما من عبارات العقد ذاته أو من إقرار المدعى أو من نكوله عن اليمين . وهذه القرينة لا يمكن الأخذ بها حالياً بعد حذف هذا النص .

٢- كانت المادة ٧٥٠ تنص على أن :

" يكون الصلح قابلاً للبطلان إذا حسم نزاعاً سبق أن صدر بشأنه حكم نهائى ، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل صدور هذا الحكم " .

وحذف هذا النص من المشروع يحيلنا إلى القواعد العامة . وهى تسمح بإبطال الصلح ولو كان الحكم المجهول مما يجوز استئنافه إذا ثبت الغلط كما تسمح برفض طلب إبطال الصلح ولو كان الحكم المجهول غير

قابل للطعن بأى طريق إذا انتفى الغلط . كذلك يلاحظ أن تطبيق القواعد العامة فى الغلط لا يسمح غالباً بطلب الإبطال إلا للطرف الذى صدر الحكم لمصلحته دون الطرف الذى صدر هذا الحكم ضده^(١).

ويذهب رأى بأن الأدق فى هذا الصدد أن الصلح باطل ، وليس قابلاً للإبطال فحسب ، لأن أحد مقومات الصلح وهو النزاع قد انعدم، فلا يكون الصلح قائماً^(٢).

٣- كانت المادة ٧٥١ تنص على أن :

" ١- إذا تناول الصلح جميع المنازعات القائمة بين الطرفين بوجه عام ، ثم ظهرت بعد ذلك أوراق لم تكن معروفة وقت الصلح ، فلا يكون ذلك سبباً فى بطلان العقد، ما لم تكن هذه الأوراق قد أخفيت وكان ذلك بفعل أحد المتعاقدين . ٢- أما إذا لم يتناول الصلح إلا نزاعاً معيناً ، وظهرت بعد ذلك أوراق تثبت أن أحد المتعاقدين لم يكن له حق ما فيما يدعيه ، فإن الصلح يكون باطلاً " .

ويلاحظ أن إخفاء الأوراق المشار إليها فى فقرتى المادة بفعل أحد المتعاقدين ، يميز له إبطال الصلح للتدليس وليس للغلط.

١٧٥- عدم تجزئة الصلح عند بطلانه :

تنص المادة ٥٥٧ مدق على أن : " ١- الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله .

(١) أكرم الخولى ص ٢٦ هامش (٣) - يس يحيى ص ٢٧٥ .

(٢) السهورى ص ٥٤٧ .

٢- على أن هذا الحكم لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف ، أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض " .

فالفقرة الأولى من المادة تقرر قاعدة مؤداها أن الصلح وحدة غير قابلة للتجزئة ، فإذا بطل جزء منه ترتب على ذلك بطلان العقد كله .

والمستقر عليه أن هذا البطلان ، يطبق سواء بالنسبة لموضوع الصلح أو بالنسبة لأطرافه .

فبالنسبة إلى الموضوع يؤدي بطلان أحد شروط الصلح إلى بطلان العقد كله .

وبالنسبة لأطرافه فإنهم إن تعددوا وكان الصلح باطلا بالنسبة لأحدهم امتد البطلان إلى باقى الأطراف ^(١) .

وتستند هذه القاعدة فى الواقع إلى الطبيعة الخاصة لعقد الصلح إذ يعتبر النزول المتبادل فى هذا العقد عن جزء من الادعاءات عنصرا جوهريا فى العقد ، وبهذه المثابة فإن شروط العقد وبنوده يكمل بعضها بعضا وينظر إليها جميعا كوحدة متكاملة فإذا ما احتل جزء منها بالبطلان فإن هذا الخلل يؤثر بطبيعة الحال فى هذه الوحدة ومن ثم يطل العقد كله ^(٢) .

على أن هذه القاعدة مفسرة لإرادة المتعاقدين وليست من النظام العام فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على أن أجزاء الصلح مستقل بعضها عن بعض بحيث إذا بطل بعضها بقى البعض الآخر صحيحا ، كما يجوز

(١) السنهورى ص ٥٥٠ وما بعدها _ أكرم الخولى ص ٣٩ - جمال زكى ص ٣٧ .

(٢) يس يحيى ص ٧٠٦ - قرب محمود جمال الدين زكى ص ٣٧ .

أن يستتج هذا الاتفاق من عبارات العقد أو من الظروف وهذا ما قرره المادة ٢/٥٥٧ مدق .

وفي هذا يختلف الصلح عن الحكم ، إذ الأصل أن الأحكام تقبل التجزئة ، وكثيرا ما يترتب على الطعن في الأحكام تأييد الحكم الابتدائي في بعض أجزائه وتعطيله بالنسبة للأجزاء الأخرى .

وهذا الخلاف بين الصلح والحكم متسق مع منطق الأمور، إذ الحكم من عمل القاضى ، وقد يخطئ القاضى فى تطبيق القانون بالنسبة لبعض أصول النزاع ويصيب بالنسبة للبعض الآخر ، أما الصلح فهو عن عمل الأفراد ^(١).

ويلاحظ أن الصلح الذى يقضى بطلانه لنقص أهلية أحد المتصلحين ويعتبر باطلا لكامل الأهلية منهم . إنما يلاحظ هذه الحالة أن البطلان هنا مقرر لحماية ناقص الأهلية وحده . فلا يقبل من المتصلحين الآخرين أن يتمسكوا ببطلان الصلح لنقص أهلية أحدهم عند مطالبتهم بتنفيذه . إنما يكون لهم أن يتمسكوا بالبطلان بعد القضاء به لصالح ناقص الأهلية استنادا إلى قاعدة عدم تجزئة البطلان فى الصلح. كما يمكن الاحتجاج فى مواجهتهم بهذا البطلان ^(٢).

١٧٦- أمثلة من الفقه والقضاء لقاعدة عدم تجزئة البطلان فى الصلح:

١- إذ تصالح شخص على أرض ومنزل ، ثم ظهر بعد ذلك أن هناك سندات مزورة تتعلق بالأرض هى التى دفعت المتصالح إلى الصلح عليها،

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٠ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٤١ .

فيظل الصلح في الأرض والمنزل معا ، إلا إذا تبين من عبارات الصلح أو من الظروف أن المتعاقدين قد توافقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ، وأن الصلح قد تم على الأرض وعلى المنزل على أساس استقلال كل منهما عن الآخر^(١).

٢- قضت محكمة النقض بتجزئة الصلح المبرم بين بلغ وقصر وصدق المجلس الحسبي ولم تطعن وزارة العدل بالاستئناف ، ولكنها اعترضت وسلم المتصالح الآخر بعدم سريان الصلح على القصر. وأبطلت الصلح في حق القصر وأبقت قائما في حق البالغ .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" إذ قرر المجلس الحسبي الموافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه ومنهم قصر ، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح ، وكلفت المجلس الحسبي السير في نظر الشكاوى المقدمة ضد هذا الأخ بأن اختلس أقطانا وبذرة ونقودا من أموال الشركة التي معقودة بينه وبين أخيه مورث القصر ، وانتهى الأمر في هذه الشكاوى برفع دعوى أمام المحكمة الأهلية بشأن حساب هذه الشركة ، فدفع المدعى عليهم (ورثة العم لأنه قد مات) الدعوى بحصول صلح فيها ، فقضت المحكمة تمهيدا بنذب خير لتصفية الحساب بين طرفي الدعوى وإبراء الفصل في النزاع على الصلح ، فاستأنف الطرفان هذا الحكم ، وكان الظاهر مما جاء بصحيفة استئناف المدعى عليهم أنهم إذ تمسكوا باعتبار هذا الصلح صحيحا

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٦٥.

بالنسبة للبالغين ، كانوا مسلمين بعدم سريانه على القصر ، وطلبوا جعل
مأمورية الخبير مقصورة على تصفية حسابهم ، فحكمت المحكمة في
الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البالغ وبتأييد الحكم فيما يتعلق
بسندب خبير لتصفية حساب القصر وحدهم ، فهذا الحكم وإن كان
منطوقه لم يرد به ذكر للصلح إلا أنه مادام قد عرض في أسبابه للصلح
وفصل فيه فصلا قاطعا ورتب قضاءه على ذلك يحوز قوة الشيء المحكوم فيه
فيما يختص بالصلح لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطا وثيقا . وإذن
فلا يصح فيما بعد التمسك بهذا الصلح في مواجهة القصر قولا بأن قرار
المجلس الحسبي بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ مادامت وزارة العدل
لم تطعن في هذا القرار بالاستئناف وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره " .
(طعنان ٧٥ ، ٨٦ لسنة ١٣٠٩ ق جلسة ١٨/٥/١٩٤٤)^(١)

(١) وقد قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٤ لسنة ١٣٠٩ ق بجملة
١٩٤٣/٥/٢٠ بأن :

" إنه لا يوجد في القانون ما يمنع من طعن في الورقة بالتزوير على أن يتنازل
عن طعنه ويتصلح معه خصمه في الدعوى متى توافرت فيه الأهلية اللازمة
للتنازل والصلح وإذن فإذا قضى الحكم بعدم نفاذ صلح في شأن تزوير ورقة من
بين أطرافه قصر لتناوله تنازل القصر عن بعض أصل حقهم وعدم إجازة المجلس
الحسبي هذا التصرف ، ثم أجرى قضاءه هذا على باقي المشتركين في الصلح
بمقولة إن دعوى التزوير لا تقبل التجزئة ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق
القانون بالنسبة لمن عدا القصر لأن الصلح صحيح بالنسبة لهم إذ التجزئة في
الحقوق المالية جائزة وليس هناك ما يحول دونها ، فيجوز في عقد واحد
مطعون فيه بالتزوير أن يتصلح بعض ذوي الشأن فيه ويظل الباقون متمسكين
بطعنهم عليه ثم يقضى بطلانه . ومثل هذا القضاء لا تأثير له في الصلح الذي =

= تم. والقول بغير ذلك يتعارض مع القواعد العامة التي تقصر حجية الأحكام على من كان طرفاً فيها ".
وكان هذا القضاء محل تعليق من الفقه .

فالدكتور السنهوري (ص ٥٥٢ هامش ١) يبرر هذا القضاء بأن الظاهر من ظروف القضية أنه اتضح من نية الطرف الأول أنه يجزئ الصلح، فإذا أبطل بالنسبة إلى القصر بقي قائماً بالنسبة إلى غير القصر.

بينما يوجه الدكتور محمد علي عرفه (ص ٣٤١ وما بعدها) النقد لهذا القضاء ، ويقول إنه استظهر من وقائع الدعوى أنه بمقتضى هذا الصلح تنازلت المدعيات عن نفوسهن وبصفتهم عن نصيبهن والقصر المشمولين بالوصاية في جزء من أرض النزاع اختص به المدعى عليه نتيجة لهذا الصلح ، وفي مقابل ذلك تنازل المدعى عليه للمدعيات والقصر عن باقى القدر المتنازع عليه .
وقد نص فيه على تنازل المدعيات عن دعوى التزوير المنظورة .

وظاهر من هذه الوقائع أن هذا الصلح مرتبط بالأجزاء إذ أنه ينصب على التنازل عن دعوى تزوير عقد موضوعه ملكية قطعة أرض مملوكة للمدعيات والقصر على الشيوع ، فالقضاء ببطالان هذا الصلح بالنسبة للقصر يستتبع حتماً جواز إبطاله بالنسبة لباقي المتصالحات إذا تمسكن بالبطلان وهكذا يكون الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة ، وإن كان قد أخطأ في تسببها بعدم إمكان تجزئة دعوى التزوير ، إذ أن الحكم بتزوير ورقة ، كالحكم بصحتها لا يكون له حجية إلا على من كان طرفاً فيه ، كما ذهب إليه محكمة النقض . ولكن السبب الصحيح لبطلان الصلح بالنسبة لكامل الأهلية في هذه الحالة هو ما قرره القانون وأجمع عليه الفقه والقضاء من عدم جواز تجزئة البطلان في الصلح . فليس الأمر متعلقاً إذن بعدم جواز تجزئة الحكم في دعوى التزوير ، فهو جائز قانوناً للسبب الذى أيدته محكمة النقض في حكمها هذا ، ولكننا بصدد تجزئة البطلان في الصلح ، وهو ما لا يجوز إلا إذا اتضح أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تجزئته ويعترض الدكتور يس مجيى (ص ٧٠٨ الهامش وما بعدها) على النقد سالف الذكر قائلاً :

" وأنا لا أوافق الدكتور محمد علي عرفه فيما ذهب إليه من أن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى نتيجة صحيحة إذ حكم ببطلان الصلح بالنسبة لكامل الأهلية -

٣- إذا شمل صلح مسألة تتعلق بالحالة إلى جانب ما ينشأ عنها من حقوق مالية ، كما إذا تصالح وارث عن صفته ، أى عن علاقته بالمورث ، وعن حقوق الآيلة له بالإرث ، فإن الصلح يقع باطلا كله ^(١).

١٢٧- قاعدة عدم تجزئة الصلح تشمل كافة أوجه البطلان :

قاعدة عدم تجزئة الصلح عند بطلانه لا تقتصر على البطلان بسبب غلط في الواقع فقط بل تشمل صور البطلان أو الإبطال الأخرى ، كما لو كان الصلح باطلا لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب أو قابلا للإبطال لنقص الأهلية أو التدليس أو للإكراه أو الاستغلال .

١٢٨- الغلط في الحساب وغلطات القلم :

لم يتضمن التقنين المدنى الجديد نصا بشأن الغلط في الحساب ، عكس القانون المدنى القديم الذى نص فى المادة ٥٣٦/٦٥٨ منه على أنه : " يجب تصحيح الغلط فى أرقام الحساب " .

وبذلك يكون التقنين المدنى الجديد قد ترك هذه المسألة للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٢٣ مدنى .

= الأهلية ذلك أن الظاهر من ظروف هذه القضية أن هذا الصلح قابل للتجزئة ومن ثم يكون صحيحا بالنسبة لكامل الأهلية وإن كان غير نافذ فى حق القصر. كما أن هناك تناقضا بين قول الدكتور عرفه إن " القضاء بطلان هذا الصلح يستتبع حتما جواز إبطاله بالنسبة لباقي المتصلحات إذا تمسكن بالبطلان " من واقع الدعوى أن المتصلحات لم يتمسكن ببطلان الصلح وأن المحكم المطعون فيه قد قضى ببطلانه فى حقهن دون أن يطلبن ذلك وإنما كنتيجة لبطلانه بالنسبة للقصر " .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٧ .

وهذه المادة تقضى بأن : " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ، ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط " .
وهذه المادة تتناول تصحيح مسألتين الأولى : الغلط في الحساب .
والثانية : غلطات القلم .

والغلط في الحساب وغلطات القلم هي مجرد خطأ مادي وهو غلط غير جوهرى لا يؤثر في صحة العقد وإنما يجب تصحيحه .
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" يواجه النص حكم الغلط المادى . كالخطأ في الكتابة أو في الحساب . وهو غلط غير جوهرى لا يؤثر في صحة العقد . وإنما يجب تصحيحه . ويسرى هذا الحكم على العقود بوجه عام . وعلى عقد الصلح بوجه خاص . إذ أن التقنين الحالى يختصه بالنص دون غيره " (١) .

والمقصود بالغلط في الحساب ، الغلط في ذات الأرقام المثبتة بالصلح ، والذي يكون مشتركاً بين المتصلحين ، أما إذا انفرد بالغلط أحد المتصلحين وبين قبوله للصلح على هذا الغلط ، مقدراً مزايا الصلح على أساس حسابه الخاطئ ، كان هذا غلطاً في الواقع إذا أثبت من يدعيه جاز له أن يطلب إبطال الصلح .

ومثال الغلط في الحساب أن يقع الصلح على ما قيمته عشرين ألف جنيه كانت محل نزاع بين المتصلحين ، فيتفقان بالصلح على أن يخص أحدهما ثلاثة أرباع هذا المبلغ ، ويخص الآخر الربع . ثم يقدران في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٦٥ .

التصفية النهائية نصيب الأول ٦٠٠٠ جنيه ونصيب الثاني ٤٠٠٠ جنيه فيجوز لهذا الأخير أن يطالب بتصحيح الغلط في أرقام الحساب ، وهو ما يستتبع رفع المبلغ الذى يخصه إلى ٥٠٠٠ جنيه . إنما يشترط أن يكون الغلط المطلوب تصحيحه ظاهرا في الأرقام الثابتة في الكشف المعتمدة بالصلح ، أو أن تكون هذه الأرقام قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا .

أما إذا كان الغلط المزعوم ينصب على نقطة غامضة أو غير ثابتة من موضوع الصلح ، أو كان من مقتضاه الرجوع إلى تحديد مركز المتعاقدين قبل عقد الصلح ، فإنه لا يأخذ حكم الغلط في الحساب ، وبالتالي لا يجوز تصحيحه^(١).

وتطبقا لذلك اعتبرت محكمة النقض أن طلب إعادة عمل حساب جديد عن المقاولات موضوع النزاع يأباه القانون ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن كل مقابلة من تلك المقاولات بعد إتمامها هو عمل متفق عليه في أصل عقودها ، فإذا ما نفذ الاتفاق بعمل المقاس والحساب فعلا ، ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزما للطرفين .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب المقابلة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهرا في الأرقام الثابتة في

(١) محمد على عرفه ص ٣٣٩ وما بعدها .

كشّف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانونا . أما طلب إعادة عمل حساب تلك المقاوله من جديد ، فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقاوله بعد إتمامها مادام عملا متفقا عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا ، ووقع عليه بالاعتماد فقد انقضت مسؤلية كل عاقد عنه وأصبح هو ونتيجته ملزما للطرفين . وعدم إمكان إعادة الحساب من جديد بعد عمله مرة أولى إذا كان لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين المصرية كما ورد النص عليه بالمادة ٥٤١ من قانون المرافعات الفرنسى ، إلا أنه أمر مفهوم بالضرورة من أصول القانون التى تمنع تقاضى الالتزام مرتين " .

(ب) - " دعوى الغلط المحسوس المبطل للمشاركة بحسب المادة ٥٣٥ لا يجوز توجيهها ضد المقاس والحساب المعتمدين في مقاوله من المقاولات متى كانت في حقيقتها ليست سوى دعوى لإعادة المقاس أو الحساب برمته من جديد . لكن دعوى وقوع هذا الغلط في مقياس بعض أجزاء خاصة معينة من الأعمال الكلية التى قام بها المتعهد قد تقبل ويؤمر بتحقيقها ، غير أن هذا لا يجوز إلا إذا كانت الظروف والدلائل تشهد بأنها دعوى جدية ، أما إذا رأت المحكمة أنها غير جدية بل منازعة اعتسافية يراد بها الرجوع فيما تحقق وتم الاتفاق عليه ، فالمحكمة فى حل من عدم قبول تحقيقها " .

(ج) - " إن معنى الغلط في دعوى الغلط المحسوس المذكورة يقتضى حتماً بصفة عامة أن يكون المتعاقد قد صدر منه الرضا وهو غير عالم بحقيقة الشئ المرضى عنه ، بحيث لو كان عالماً بحقيقته لما رضى . فإذا كان المدعى لم يدع عدم علمه بالحقيقة ، بل ادعى أنه استكره على التوقيع وأثبت المحكمة أن دعوى الإكراه مختلفة ، فتوقيعه بهذه المثابة لا يجعل له أدنى وجه للرجوع فى شئ من الحساب ، بل هو مرتبط به تمام الارتباط ودعواه غير جائزة السماع " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٥ فى جلسة ١٩٣٥/١١/٧)

٢- " بحال تطبيق نص المادة ١٢٣ من القانون المدنى ، الغلط فى الحساب وغلطات القلم أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد فلا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المدنى التى تقضى بأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها " .

(طعن رقم ٤٥٧ لسنة ٣٤ فى جلسة ١٩٦٩/١/١٦)

والمسألة الثانية:

هى غلطات القلم ، وهى أخطاء مادية تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها كأن يذكر اسم أحد المتصلحين

وكان ظاهراً أن المقصود هو المتصالح الآخر . فإن هذا الخطأ يصحح
ويوضع الاسم الصحيح مكان الاسم الخاطئ .
إنما لا يدخل في هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من
ختم آخر .

موضوع رقم (١٨)

(المحل والسبب فى عقد الصلح)

(أولا)

المحل فى عقد الصلح

١٧٩- تطبيق القواعد العامة :

محل الصلح هو الحق المتنازع فيه ، ونزول كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه فى هذا الحق ، والذي لا يشترط فيه التكافؤ بين ما ينزل عنه كل من المتعاقدين للآخر .

وقد يتضمن الصلح نزول أحد المتصالحين عن الحق المتنازع فيه جميعه مقابل مال يوديه إليه الطرف الآخر ، فيكون هذا البذل محلا للصلح أيضا وكل نزاع يمكن أن يكون محلا للصلح بصرف النظر عن مصدره وطبيعة الحق المتنازع فيه ، سواء تعلق بوجود الحق أو بصحته أو بأوصافه أو بعمده .

وأيا كان محل الصلح ، فإنه يجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى المحل طبقا للقواعد العامة .

فيجب أن يكون موجودا ، ممكنا ، معينا أو قابلا للتعين ، غير أنه يمكن أن يكون محل الصلح حقوقا احتمالية ، كالتصالح على النتائج المحتملة لحادث يترتب عليه مسئولية فاعله عن تعويض الجنى عليه .

ويصح الصلح على الحقوق المستقبلية ، عدا التركات المستقبلية .
ويشترط في محل الصلح أن يكون داخلا في دائرة التعامل شأنه في ذلك
شأن سائر العقود الأخرى وهو ما يعنيه المشرع بالنص في المادة ٥٥١ على
أنه : " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام
العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة
الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " .

١٨٠- بطلان الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة:

ذكرنا أن يشترط في محل الصلح أن يكون مشروعا أو قابلا للتعامل
فيه ، وبعبارة أخرى لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة .
ورغم أن هذا الشرط عام في كافة العقود وعلى ذلك نصت المادة
١٣٥ مدنى على أنه : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو
الآداب كان العقد باطلا " ، إلا أن المشرع خص عقد الصلح بنص
خاص هو نص المادة ٥٥١ مدنى التي تجرى على أنه : " لا يجوز الصلح في
المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على
المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب
إحدى الجرائم . وهذا النص وإن كانت أحكامه ليست إلا تطبيقا للقواعد
العامية إلا أنه يبرز أهمية هذا الشرط- وهو شرط مشروعية محل الصلح -
الأمر الذى يقتضى بحثه بشئ من التفصيل .

والمقصود بالنظام العام (ordrepuplic) كل ما يمس كيان الدولة أو
يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التي يلزم تحقيقها حتى تسير في طريقها

نحو العزة والجد ، وسواء في ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية ، كما هو الحال بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة مبادتها بواسطة سلطاتها المختلفة، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية ، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الأسرة ، وما يتعلق بكفالة استتباب الأمن والنظام العام في الدولة ، أم كانت تلك المصلحة اقتصادية ، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الإنتاج القومي في الدولة وتداول النقد فيها ^(١).

فيدخل في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ، فضلا عن أنه ورد بها نص خاص ، والجرائم وغيرها من المسائل التي سنعرض لها .

فلا يجوز الصلح على المسائل سالفة الذكر.

والآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين. فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقى من قواعد النظام العام ^(٢).

ويقع باطلا كل صلح يخالف الآداب العامة ، كالصلح على حصول شخص على أجر عن عمل كان يجب عليه أن يقوم به . وعلى رد شخص ما سرقة في مقابل أجر يأخذه . والصلح على قيام علاقة جنسية غير مشروعة ، أما الصلح على مال يدفعه شخص لامرأة على سبيل التعويض عما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية كانت بينهما فهو صحيح .

ويقع باطلا كل صلح يتعلق بدور البغاء حتى لو حصلت هذه الدور على ترخيص إداري. أو يتعلق بمكان يدار للمقامرة . وقد نص القانون على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، وجعل لمن خسر أن

(١) عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ٤٢١.

(٢) عبد النعم الصده في مصادر الالتزام ص ٢٤٤ .

يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩ مدق) . واستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية . وفى هذه الحالة يكون للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه ، كما استثنى أيضا ما رخص به قانوننا من أوراق النصيب (م ٧٤٠ مدق) .

١٨١- الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية :

تنص المادة ٥٥١ مدق فى صدرها على أنه : " لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية إلخ " ويعتبر هذا النص تطبيقا لنص عام يسرى على كافة العقود هو نص المادة ١٣٥ مدق التى تجرى على أن : " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " .

كما تنص المادة ٤٨ مدق على أنه : " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها " .

ذلك أن الحالة الشخصية والأهلية من المسائل المتعلقة بالنظام العام . والمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ^(١) .

(١) نقض طعن رقم ٤٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٣٤/٦/٢١ - وراجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية المجلد الأول الطبعة الخامسة عشرة ص ١١ وما بعدها.

ومن ثم لا يجوز التصالح على البنوة أو الأبوة أو الزواج أو الطلاق أو الجنسية... إلخ لأن كل هذه المسائل من النظام العام وهى منظمة بحكم القانون ولا يجوز أن تكون محلا للتعامل بين الأفراد ، وبالتالي لا تجوز المصالحة على أحكامها^(١).

وكذلك فإن أحكام الأهلية تعد أيضا من النظام العام فلا يجوز أن تكون محلا للمصالحة ، فلا يجوز لشخص كامل الأهلية أن يتصالح مع آخر على النزول عن أهليته ، ولا يجوز لشخص كامل الأهلية أن يتصالح مع آخر ناقص الأهلية على أنه كامل الأهلية ، ولا يجوز الاتفاق صلحا على تعديل أحكام الأهلية .

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى :

"حمى المشروع الشخص ضد نفسه بأن حرم عليه أن ينزل عن أهلية الوجوب أو أهلية الأداء فإن قواعد هذين النوعين من الأهلية تعتبر من النظام العام لا تجوز مخالفتها أو تعديلها " ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كانت المادة ٥٥١ من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية فإن التنازل عن طلب الحجر يكون عديم الأثر قانونا ، ومن ثم فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائفة فى حدود سلطتها الموضوعية ، أن عقد البيع قد انعقد مقابل التنازل عن

(١) يس يجرى ص ٢٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٦٣ .

دعوى حجر وأن ثلثا لم يدفع ، فإنها تكون قد تحققت من صورية السبب الوارد في العقد ، والحكم المطعون فيه ، إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

٢- " لما كانت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ أصبحت طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية التي لا تختص بها المحاكم الجزئية لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات فلها أن تبدي الطلبات والدفع وتباشر كافة الإجراءات التي يحق للخصوم مباشرتها ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبول الصلح يكون حجة على النيابة العامة ويحق لها الطعن فيه بطريق الاستئناف - لما كان ذلك وكان المقرر وفقاً للمادة ٥٥١ من القانون المدق أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام . وكان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن التوثيق وضع شروطاً لزواج المصرية بأجنبي ، وكانت القيود التي تطلبها هذا القانون من النظام العام ، فلا يجوز الصلح عليها . وكانت النيابة العامة قد طلبت في الاستئناف المقام منها إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند من أن القانون ١٠٣ لسنة ١٩٧٦ قد تطلب في المادة الخامسة منه توافر عدة شروط لتوثيق عقد زواج المصرية بأجنبي ، وأوجبت الثلاثة السادسة رفض التوثيق إذا لم تتوافر تلك الشروط ، وإذا قضت محكمة أول درجة بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقد الزواج المنعقد بين المصرية والأجنبي بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في

قوة السند التنفيذي دون مراعاة توافر الشروط التي استوجبتها القانون وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف يكون قد خالف القانون وأخطأ تطبيقه " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ٥٨ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٩٢/٣/٣١)
غير أن المادة ٥٥١ مدني أجازت " الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية " . ذلك أن الحقوق المالية التي تنجم عن هذه الحالة لا تتعلق إلا بمصالح خاصة ، فهذه الحقوق يكتسبها الشخص من اتصافه بحالة معينة .

وأهم هذه الحقوق هو حق الميراث . ولما كانت هذه الحقوق تدخل تحت التقويم المادي ، لم يكن هناك ما يدعو إلى الحيلولة بين صاحبها والتصرف فيها بما يراه في صالحه .

لذلك أجاز النص الصلح في هذه الحقوق ، بشرط ألا تقحم في هذا الصلح مسألة من المسائل المتعلقة بالحالة .

فإذا تضمن الصلح الاتفاق على كلتا المسألتين في مقابل ثمن إجمالي ، كأن اتفق من يدعى ثبوت نسبه من شخص معين ، توطئة لمطالبة الأخير بحقه في تركته ، على أن يتنازل عن دعوى ثبوت النسب وعن حقه في الميراث في مقابل مبلغ معين ، كان هذا الصلح باطلا في مجموعة نظرا لارتباط أجزائه ، وعدم جواز تجزئة شروطه .

ويبطل الصلح كذلك ولو اشترط لكل من المسألتين ثمن مستقل إذا احتواهما عقد واحد ، لأن إدماج المسألتين في نفس العقد يكشف عن قصد المتعاقدين ربط إحداهما بالآخرى .

ولما كان الصلح من العقود التي لا تقبل التجزئة ، كان حتما أن يترتب على بطلانه في المسألة المتعلقة بالحالة بطلانه في الحقوق المالية الناشئة عنها .

وتطبيقا لذلك يطل الصلح الوارد على تقسيم تركة شخص ، إذا كانت الغاية منه تفادي رفع الدعوى بثبوت نسب أحد المتقاسمين ، أى تنازله عن حقه في إثبات نسبه من المتوفى .

وبالعكس يصح التصالح على قسمة التركة بين الأطفال الثابت نسبهم والمتنازع في نسبهم طالما أن أحدا منهم لم يخلق على نفسه صفة الوارث دون الآخرين .

ويلاحظ أن الصلح الحاصل في مثل هذه الحالة لا يمنع من أن يعود أحد المتصلحين إلى إنكار صفة الوارث على الآخر ، كما أنه لا يحول دون مطالبة أحدهم بثبوت نسبه إذا جدت ظروف تستدعي ذلك ^(١) .

ويجوز التصالح على مؤخر الصداق وعن نفقة العدة ، ويجوز لمن له حق النفقة على غيره أن ينزل عما يستحق من نفقة مدة معينة ، لا أن ينزل عن حق النفقة ذاته .

ويجوز كذلك الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الأهلية ، فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقده معه وهو قاصر على إحازة العقد بشروط معينة ^(٢) .

(١) محمد على عرفه ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٥٥٦ وما بعدها .

١٨٢. بطلان الصلح على فوائد ربوية :

تنص المادة ٢٢٦ مدني على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

كما تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ على أن : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائد على هذا القدر .

٢- وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هسى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة " .

وقد قصد بوضع حد أقصى للفائدة حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال ، ومن ثم يعتبر متعلقا بالنظام العام ، وبالتالي يقع باطلا الصلح على فائدة تجاوز الحد الأقصى المقرر قانونا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان الثابت من عقد البيع أن الطرفين اتفقا على سداد باقى الثمن على قسطين وأنه إذا تأخر المشترون فى الوفاء بأى قسط أو جزء منه التزموا بأداء نصف أجرة الأطنان المباعة دون تنبيه أو إنذار فإن هذا الشرط الجزائى يكون فى حقيقته اتفاقا على فوائد عن التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود يخضع لحكم المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، فلا يجوز أن يزيد سعر الفائدة المتفق عليها عن سبعة فى المائة ، وإلا وجب تخفيضها إلى هذا الحد " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٣١)

٢- " حرم الشارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره ٧% ونص على تخفيضها إليه وحرّم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه منها - مما موداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال " .

(طعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧)

١٨٣- بطلان الصلح على مقدار التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ

١٩٧٧/٥/١٦ فى الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٤٣ ق إذ ذهبت فيه إلى أن :

" إنه وإن كانت الجهة طالبة نزع الملكية هى التى تستفيد من العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة ومن ثم تلتزم بدفع التعويض المقدر لمن

نزعت ملكيته وتكون مدينه قبله . إلا أن الاستفادة من نصوص المواد ١٥، ١١، ٦، ١ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين أن المشرع ناط بإدارة خاصة من إدارات الحكومة هي " إدارة نزع الملكية " بمصلحة المساحة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين ملاكه وتقدير التعويض المستحق لأصحابه عن نزع ملكيته وسداده إليهم مقابل الحصول على توقيعاتهم على نماذج خاصة تنقل الملكية للمنفعة العامة وإيداع النماذج مصلحة الشهر العقاري لكي يترتب على إيداعها جميع الآثار المترتبة على شهر البيع الرضائي ، والتشريع الخاص الذى ينظم هذه الإجراءات كلها متعلق بالنظام العام لتعلق موضوعه واتصال أحكامه بمنفعة عامة ويستلزم بالتالى وفق ما تنص عليه المواد السابقة - من الجهة التى طلبت نزع الملكية سداد التعويض المستحق عن نزع الملكية - بعد تقديره نهائيا - لا إلى المنزوع ملكيته ولكن إلى المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية لتقوم هى بتسليمه إلى ذوى الشأن فيه بمراعاة الضوابط والأحكام التى نص عليها القانون والقرارات المنفذة له . وحصولها على توقيعاتهم على النماذج الخاصة المعدة لهذا الغرض والتى نص عليها القانون - خلافا لقواعد وإجراءات التسجيل العادية - على أن إيداعها مصلحة الشهر العقاري يترتب عليه آثار عقود البيع الرضائية وبذلك يتمتع على الجهة طالبة نزع الملكية أن تسام على مقدار التعويض أو تصالح عليه استقلالا اختصارا للإجراءات أو تنفرد بسداده إلى المنزوع ملكيته لأن هذه الأمور نظم المشرع إجراءاتها تنظيميا إلزاميا .

١٨٤. بطلان الصلح على منازعات تقدير أجره الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية :

قواعد تقدير أجره الأماكن التي تخضع للتشريعات الاستثنائية من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وهذه القواعد تشمل القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية .

ولما كانت المادة ٥٥١ مدني تقضي بعدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فإنه ينبني على ذلك عدم جواز الصلح في منازعات تقدير الأجرة سواء ما تعلق بقواعدها الموضوعية أم بقواعدها الشكلية.

فلا يجوز الاتفاق مقدما على الرضوخ لأجرة معينة أو الاتفاق على نسب أخرى لعناصر تقدير الأجرة المنصوص عليها في تشريعات الإيجارات، أو على عدم جواز التظلم من قرار لجنة تقدير الأجرة ولو كان هناك شرط صريح بذلك .

ولا يجوز أيضا التصالح في الطعن على قرار لجنة تقدير الأجرة ، باعتبار أن تقدير الأجرة يجب أن يتم طبقا للأحكام المقررة في القانون^(١) .

ونؤيد ما ذهب إليه البعض من أن الصلح غير جائز سواء بصدد تقدير الأجرة أم عناصرها ، لأن هذه العناصر هي المكونة للأجرة ، وإنما غاية الأمر أن المستأجر يملك المنازعة في تقدير ثمن الأرض ويملك المنازعة في تحديد سعر المتر في تكلفة المباني ، كما يملك عدم المنازعة في ذلك وسكوته يؤول إلى قبوله لما يحدد من أسعار ، ولا مجال للقول بحصول صلح في هذا الصدد وإذا حصل أخذته المحكمة على أنه عدم منازعة في التقدير^(٢) .

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية ج١ - الطبعة الخامسة عشرة ص ٤٠٢ وما بعدها .

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا في التعليق على النصوص الإجرائية ص ١٤٧ وما بعدها - وعكس ذلك الدكتور سليمان مرقس في شرح قانون إيجار =

١٨٥- بطلان الصلح على أحكام قانون العمل :

تنص المادة الرابعة من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (المعدل) على أن : " يقع باطلا كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به ويستمر العمل بأية مزايا أو شروط أفضل تكون مقررة أو تقرر في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة أو بمقتضى العرف " .

فقد فرضت ظاهرة انعدام التعادل بين أطراف علاقة العمل ، ضرورة تدخل الشبّارح في حرية المتعاقدين : صاحب العمل والعامل ، لحماية الأخير الطرف الضعيف في التعاقد ، لاسيما إذا كان ضمن شروط التعاقد غبن على العامل الذي هدف الشارح إلى حمايته ، ولم يكن من وسيلة لجعل هذا التدخل فعالا وهذه الحماية مشمرة إلا يجعل قواعد العمل قواعد آمرة متصلة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها ، سواء في ذلك القواعد التي تحكم نشأته أو تحكم آثاره . لأنه بغير ذلك يستطيع رب

= الأماكن الطبعة الثامنة ١٩٨٢ ج ١ ص ٦٢٢ وما بعدها ، إذ يرى

وجوب التمييز بين أمرين :

١- الأحكام القانونية المقررة لأسس التقدير من جهة وهي لا تصح أن تكون محل خلاف يحسمه الطرفان بصلح بل يجب أن تجلّوها وتطبقها المحكمة من تلقاء نفسها بقطع النظر عن أى اتفاق للمخصوم بشأنها . ٢- الوقائع التي تطبق عليها تلك الأسس القانونية كتقدير ثمن الأرض أو سعر تكلفة المباني بحسب السوق وقت البناء أو تكلفة الأسوار أو المرافق أو الأتعاب الهندسية... إلخ. مما يرجع إلى التقدير الكمي أو النقدي للواقع توطئة لتطبيق الأسس القانونية عليه ، وهذه مسائل يفصل فيها طبقا لتقويم المقومين لا طبقا لأحكام قانونية آمرة ، فيجوز الصلح في شأنها .

العمل المستخلص من أحكام القانون باتفاقه مع العامل على ما يشاء من شروط انتقاصا لما يقرره القانون من ضمانات .
ويسير هذه الطبيعة الآمرة لأحكام قانون العمل ما تضمنه هذا القانون من عقوبات جنائية على مخالفة أحكامه وردت في الباب الثامن . وما فرضه القانون من تفتيش على المنشآت لمراقبة تنفيذ واتباع الأحكام التي تقضى بها نصوصه^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " بطلان عقد العمل بالاستناد إلى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ للأسباب الواقعية التي يثيرها الطاعن وإن كان من النظام العام ، إلا أنه لا يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب طرحه على محكمة الموضوع هو التحقق من مدة عقد العمل السابق وقدر الأجر الذي حدده للطاعن وشروط هذا العقد والظروف التي أحاطت بتهنته ، وإذ خلت الأوراق مما يفيد تمسك الطاعن بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإن التحدى به أمام هذه المحكمة يكون غير مقبول " .

(طعن ٥٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢)

٢- " أحكام قانون العمل آمرة متعلقة بالنظام العام لتنظيمها علاقات العمل وروابطه بما في ذلك عقد العمل الفردي تحقيقا للصالح العام وحماية للعامل وإيجاد التوازن بين حقوقه وحقوق صاحب العمل " .
(طعن رقم ٨٤٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢١)

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد المجلد الأول ص

وبالتالي فإنه لا يجوز التصالح على حقوق العامل الواردة في قانون العمل قبل ثبوتها ، ويقع هذا التصالح باطلا .
غير أنه يصح التصالح على حقوق العامل التي يقررها له قانون العمل بعد ثبوت هذه الحقوق ، ولو كان في أثناء سريان عقد العمل وذلك على خلاف ما كان يقضى به قانون العمل الملغى رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ في الفقرة الثالثة من المادة السادسة - التي لم يرد لها مقابل في القانون الجديد- من أنه : " كما يقع باطلا كل مصالحاة أو إبراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه إذا كانت تخالف أحكام هذا القانون " .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإجازة السنوية وإن كانت حقا أوجبه المشرع سنويا للعامل لاستعادة نشاطه وقواه المادية والمعنوية تنمية للإنتاج مما يجعل هذا الحق بسبب ذلك متعلقا بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه - إلا منوط ذلك ألا تكون السنة التي تستحق فيها الإجازة قد مضت قبل حصول العامل على تلك الإجازة فلا يجوز عندئذ التنازل عنها قبل موعدها حلولا أما إذا حل ميعاد الإجازة وانقضت السنة التي تستحق فيها دون أن يحصل العامل فيها عليها فقد انقطعت الصلة بين الإجازة المذكورة واعتبارات النظام العام التي تبررها وانقضت تبعا لذلك علة هذا الحظر بالنسبة لإجازة السنة المذكورة وأصبحت تلك الإجازة بعد ذلك كسائر حقوق العامل العادية يرد عليها التنازل " (١).

(طعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢٣)

(١) للمزيد راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في قانون العمل الجديد المجلد الأول ص ٤٩٥ وما بعدها .

١٨٦- بطلان الصلح على الجريمة :

تنص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية على أن : " تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع عن غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون ولا يجوز ترك الدعوى الجنائية وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون " فالدعوى الجنائية الناشئة عن ارتكاب الجريمة هي من حق المجتمع وتباشرها النيابة العامة بالنيابة عنه ، وعلى ذلك فهي ليست ملكا للمجنى عليه ، بل صاحبته الهيئة الاجتماعية. ومن ثم لا يجوز التصالح على الجريمة ذاتها ، وإلا عد الصلح باطلا لمخالفته للنظام العام ، ويؤكد ذلك ما نصت عليه المادة ٥٥١ مدني من أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة ... أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على الحالة المالية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " أى أن المادة سلمت بأن الجريمة مما يتعلق بالنظام العام .

والنيابة العامة لا تتأثر بالصلح الحاصل بصدد ارتكاب جريمة من حيث استعمال حقها في تحريك الدعوى العمومية ، فلئها كذلك لا تستفيد من هذا الصلح . فلا يستفاد من تصالح المتهم بإقراره بارتكاب الجريمة ، لأن إقدامه على الصلح لا يعنى اعترافه بالجرم ، فقد يندفع في هذا السبيل خشية الفضيحة أو التشهير بسمعته مؤثر على ذلك تحمله بعض التضحيات المادية ^(١) .

ويرتب على ذلك أنه لا يجوز التصالح على الجريمة مع المجنى عليه أو النيابة العامة . فلا يجوز للحاق أن يتصالح مع المجنى عليه على عدم تبليغ السلطات العامة مقابل مبلغ من المال .

كما لا يجوز الصلح الذى يتم بين الدائن والمدين المحجوز عليه بعد
تسديد المحجوزات ، ولا يؤثر على سير الدعوى الجنائية الخاصة بجريمة
اختلاس الأشياء المحجوزة.

أما الصلح على الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة فهو جائز لأنه حق
خالص للمجنى عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وحيث إن الوجه الخامس يتلخص فى أن المحكمة أخطأت فى
قبول الدعوى المدنية إذ قد حصل صلح كتابى بين الفريقين يفيد أنه لا
يجوز لأحدهما مطالبة الآخر بتعويض أمام المحاكم .

وحيث إنه بالاطلاع على عقد الصلح الذى تم فى هذا الصدد تبين أن
الطرفين تعهدا فى البند الثانى من هذا العقد بعدم حصول ادعاءات فى قضية
النسيابة ضد أبناء العائلتين بسبب المشاجرة التى حصلت بينهما ونص فى
البند الثالث منه على أن الطرفين تراضيا على عقد مجلس تحكيم بينهما وأن
المحكّمين الذين اتفق الطرفان على أشخاصهم يجتمعون بعد الفصل فى
أمر المشاجرة ويكون حكمهم نافذ المفعول غير قابل لأى طعن وأن من
يتخلف من الفريقين عن الحضور أمام المحكمين يكون ملزما بدفع تعويض
للطرف الآخر .

وحيث إنه واضح مما ذكر أن هذا الصلح إنما تناول الدعوى المدنية لأنها
هى القابلة لمثله وقد أوجب أن تقدم بشأنها طلبات للمحكمة أثناء نظر
الدعوى العمومية على المحكمين .

وحيث إنه لذلك يرى أن محكمة أول درجة التي تأيد حكمها أخذنا بأسبابه أخطأت في قبول الدعوى المدنية والقضاء فيها بمقولة " إن عقد الصلح المتقدم ذكره لم يشمل تنازلا صريحا عن دعوى التعويض " وكان واجبا عليها أن تقضى بعدم قبول هذه الدعوى وبحفظ الحق للمدعين بالحق المدني في تقديم ما يدعونه في هذا الصدد أمام مجلس التحكيم الذي اتفق على عقده بعد الفصل في الدعوى العمومية " (١) .

(طعن رقم ٢٤٣٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١١/٧)

٢- " مفساد الفقرة الرابعة من المادة ٥٠١ من قانون المرافعات والمادة ٥١٠ من القانون المدني أنه لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلا لمخالفته للنظام العام . وإذا كانت المسألة التي انصب عليها التحكيم وبالتالي كانت سببا للالتزام في السند إنما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسؤول عنها وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعا لتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الالتزام المثبت في السند باطلا لعدم مشروعية سببه " .

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢)

وإن كان الأصل أنه لا يجوز التصالح على الجريمة ، إلا أن القانون يميز ذلك في أحوال استثنائية لاعتبارات خاصة ، ويرتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية .

(أنظر في الأمثلة على ذلك البند التالي) .

(١) منشور بمؤلف الدكتور يس مجي ص ٣٢٧ الهامش .

كما أنه في بعض الجرائم يعلق المشرع حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية على تقديم شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة ، أو بناء على طلب كتابي من جهة حكومية أو إذن . وفي هذه الحالات يكون الصلح جائزا في هذه الجريمة. (أنظر في الأمثلة على ذلك بند ١٨٧).

١٨٧- أمثلة لجرائم يجوز فيها الصلح وردت في نصوص خاصة :

(أ) - في قانون الإجراءات الجنائية :

١- تنص المادة ١٨ مكررا من قانون الإجراءات الجنائية (المضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨) على أنه يجوز التصالح في مواد المخالفات وكذلك في مواد الجرح التي يعاقب القانون فيها بالغرامة فقط . وتنقضي الدعوى الجنائية بدفع مبلغ التصالح ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر . ولا يكون لذلك تأثير على الدعوى المدنية .

٢- تنص المادة ١٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية (المضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨٨) على أن للمجني عليه ولو وكيله الخاص في الجرح المنصوص عليها في المواد ٢٤١ (فقرة أولى وثانية)^(١) ، ٢٤٢ (فقرات أولى وثانية وثالثة)^(٢) ،

(١) تعاقب على إحداث الجرح والضرب الذي ينشأ عنه مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوما ، أو الذي يصدر عن سبق إصرار أو ترصد أو يحصل باستعمال أية أسلحة أو عصي أو آلات أخرى.

(٢) تعاقب على إحداث الجرح والضرب الذي ينشأ عنه مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية مدة لا تزيد على عشرين يوما أو الذي يصدر عن -

- ٢٤٤ (فقرة أولى) ^(١) ٢٦٥ ، ^(٢) ٣٢١ مكررا ^(٣) ، ٣٢٣ ،
^(٤) ٣٢٣ مكررا ^(٥) ، ٣٢٣ مكررا أولاً ^(٦) ، ٣٢٤ مكررا ^(٧) ،
 ٣٤١ ^(٨) ، ٣٤٢ ^(٩) ، ٣٥٤ ^(١٠) ، ٣٥٨ ^(١١) ، ٣٦٠ ^(١٢) ،

= سبق إصرار أو ترصد أو باستعمال أية أسلحة أو عصي أو آلات أو أدوات أخرى .

- (١) تعاقب على جريمة الجرح الخطأ .
- (٢) تعاقب على إعطاء عمدا جواهر غير قاتلة .
- (٣) تعاقب على العثور على الأشياء والحيوانات الفاقدة واحتباسها .
- (٤) تعاقب على اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائيا أو إداريا .
- (٥) تعاقب على اختلاس الأشياء المنقولة الواقع ممن رهنها ضمنا لدين عليه أو على آخر .
- (٦) تعاقب على الاستيلاء بغير حق وبدون نية التملك على سيارة مملوكة للغير .
- (٧) تعاقب كل من يتناول طعاما أو شرابا في محل معد لذلك ولو كان مقيما فيه أو شغل غرفة أو أكثر في فندق أو نحوه أو استأجر سيارة معدة للإيجار مع علمه أنه يستحيل عليه دفع الثمن أو الأجرة أو امتنع بغير مبرر عن دفع ما استحق من ذلك أو فر دون الوفاء به .
- (٨) تعاقب على جريمة خيانة الأمانة .
- (٩) تعاقب المالك المعين حارسا على أشيائه المحجوز عليها قضائيا أو إداريا إذا اختلس شيئا منها .
- (١٠) تعاقب كل من كسر أو خرب لغيره شيئا من آلات الزراعة أو زرائب المواشى أو عشش الخفراء .
- (١١) تعاقب كل من أتلف كل أو بعض محيط متخذ من أشجار خضراء أو يابسة أو غدير ذلك ومن نقل أو أزال حدا أو علامات مجمولة حدا بين أملاك مختلفة أو جهات مستغلة ومن ردم كل أو بعض خندق من الخنادق المجمولة حدا لأمالك أو جهات مستغلة .
- (١٢) تعاقب على الحريق بإهمال .

٣٦١ (فقرتان أولى وثانية)^(١) ، ٣٦٩^(٢) من قانون العقوبات وفي الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم .

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة .

(ب) - فى قانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ (المعدل) :

تنص المادة ٨٠ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ (معدلة بالقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩) على أنه : " دون إخلال بتطبيق القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٨ (مكررا) من قانون الإجراءات الجنائية بشأن التصالح فى مواد المخالفات والجنح ، يجوز التصالح فى الحالات المبينة فى المادة (٧٤) من هذا القانون ، متى قام المخالف بدفع مبلغ خمسة وعشرين جنيها بصفة فورية ، كما يجوز التصالح فى المخالفات الواردة بهذا القانون التى تقع من المشاة متى قام المخالف بدفع مبلغ خمسة جنيهات .

ويقوم بتحريض محاضر التصالح ضباط شرطة المرور، وينظم وزير الداخلية بقرار منه إجراءات التصالح المنصوص عليها فى الفقرة الأولى هذه المادة ، وترتب على التصالح انقضاء الدعوى الجنائية.

وفى جميع الأحوال لا يجوز التصالح فى الأحوال المنصوص عليها فى البند (٦) من المادة (٧٤) من هذا القانون " .

(١) تعاقب كل من حرب أو أثلف عمدا أموالا ثابتة أو منقولة لا يمتلكها أو جعلها غير صالحة للاستعمال أو عطلها بأية طريقة .

(٢) تعاقب كل من دخل عقارا فى حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة فيه أو كان قد دخله بوجه قانونى وبقي فيه بقصد ارتكاب شئ مما ذكر .

(قد حددت) اللائحة التنفيذية للقانون حالات الصلح في مخالفات المرور وإجراءاته في المواد ٣٧٤ وما بعدها .

(ج- في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) :

تنص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) على أن : " للمحني عليه ولو كيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم^(١) .

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر .

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً " .

(١) والجرائم المنصوص عليها بالمادة هي :

(أ) إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف .

(ب) استرداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك .

(ج) إصدار أمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً .

(د) تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه .

(هـ) تظهير شيك للغير تظهيراً ناقلاً للملكية أو تسليمه شيكاً مستحق الدفع لحامله مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف .

(و) العود إلى ارتكاب إحدى الجرائم السابقة خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم عليه نهائياً في أى منها .

(راجع في التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد المجلد الثالث ص ٨٣٢ وما بعدها).

١٨٨- أمثلة للجرائم التي يتوقف فيها رفع الدعوى الجنائية على شكوى أو طلب أو إذن :

(أ) في قانون الإجراءات الجنائية :

١- تنص المادة ٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه :

" لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها إلا بناء على طلب كتابي من وزير العدل في الجرائم المنصوص عليها في المادتين ١٨١^(١)، ١٨٢^(٢) من قانون العقوبات وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون .

٢- تنص المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجنائية على أنه :

" لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها في الجرائم المنصوص عليها في المادة ١٨٤^(٣) من قانون العقوبات إلا بناء على طلب كتابي من الهيئة أو رئيس المصلحة المختصة عليها .

(١) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس كل من عاب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها في حق ملك أو رئيس دولة أجنبية .

(٢) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عاب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها في حق ممثل لدولة أجنبية معتمد في مصر بسبب أمور تتعلق بأداء وظيفته .

(٣) تنص هذه المادة على أن يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أهان أو سبب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها مجلس الشعب أو مجلس الشورى أو غيره من الهيئات النظامية أو الجيش أو المحاكم أو السلطات أو المصالح العامة.

وفي جميع الأحوال التي يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجنائية تقديم شكوى أو الحصول على إذن أو طلب من المجني عليه أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى أو الحصول على الإذن أو الطلب، على أنه في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٨٥^(١) من قانون العقوبات وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٢^(٢)، ٣٠٦^(٣)،

(١) تعاقب هذه المادة بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابة عامة أو مكلفا بخدمة عامة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة . وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ إذا وجد ارتباط بين السب وجريمة قذف ارتكبتها المتهم ضد نفس من وقعت عليه جريمة السب .

(٢) تنص المادة على أن :

" يعقد قاذفا كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ من هذا القانون أمورا لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونا أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه . ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم الفقرة السابقة إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، وبشرط أن يثبت مرتكب الجريمة حقيقة كل فعل أسند إليه ، ولا يغني عن ذلك اعتقاده صحة هذا الفعل. ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا في الحالة المبينة بالفقرة السابقة .

(٣) تنص هذه المادة على أن :

" كل سب لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأى وجه من الوجوه تحديشا للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه في الأحوال المبينة بالمادة ١٧١ بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد عن خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

٣٠٧ (١)، ٣٠٨ (٢) من القانون المذكور إذا كان المحنى عليه فيها موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها دون حاجة إلى تقديم شكوى أو طلب إذن .

وقد نصت المادة العاشرة على أنه : " لمن قدم الشكوى أو الطلب في الأحوال المشار إليها في المواد السابقة وللمحنى عليه في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٨٥ من قانون العقوبات وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٢، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨ من القانون المذكور إذا كان موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أن يتنازل عن الشكوى أو الطلب في أى وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائى وتنقضى الدعوى الجنائية بالتنازل.

(١) تنص هذه المادة على أن :

" إذا ارتكبت جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد من ١٨٢ إلى ١٨٥ و٣٠٣ و٣٠٦ بطريق النشر في إحدى الجرائد أو المطبوعات رفعت الحدود الدنيا والقصى لعقوبة الغرامة المبينة في المواد المذكورة إلى ضعفها " .

(٢) تنص هذه المادة على أن :

" إذا تضمن العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الذى ارتكب بإحدى الطرق المبينة في المادة (١٧١) طعنا في عرض الأفراد أو خدشا لسمعة العائلات تكون العقوبة الحبس والغرامة معا في الحدود المبينة في المواد ١٧٩، ١٨١، ١٨٢، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧ على ألا تقل الغرامة في حالة النشر في إحدى الجرائد أو المطبوعات عن نصف الحد الأقصى وألا يقل الحبس عن ستة شهور .

وفي حالة تعدد المجني عليهم لا يعتبر التنازل صحيحا إلا إذا صدر من جميع ممن قدموا الشكوى. والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلا بالنسب للباقيين.

وإذا توفى الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته ، إلا في دعوى الزنا فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو أن يتنازل عن الشكوى وتنقضى الدعوى .

(ب) - في القرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ (المعدل) بإصدار قانون الجمارك :

تنص المادة ١٢٤ من القرار بقانون المذكور على أنه :
" لا يجوز رفع الدعوى العمومية أو اتخاذ أية إجراءات في جرائم التهريب إلا بطلب كتابي من المدير العام للجمارك أو من ينييه. وللمدير العام للجمارك أن يجرى التصالح أثناء نظر الدعوى أو بعد الحكم فيها حسب الحال مقابل التعويض كاملا أو ما لا يقل عن نصفه .
ويجوز في هذه الحالة رد البضائع المضبوطة كلها أو بعضها بعد دفع الضرائب المستحقة عليها ما لم تكن من الأنواع الممنوعة . كما يجوز رد وسائل النقل والأدوات والمواد التي استعملت في التهريب .
ويترب على التصالح انقضاء الدعوى العمومية أو وقف تنفيذ العقوبة الجنائية وجميع الآثار المترتبة على الحكم حسب الحال " .
كما تقضى المادة ١٢٤ مكررا بأن :

" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى بها قانون آخر يعاقب على تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار أو الشروع فيه أو على حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة بالحبس مدة لا تقل عن ستين ولا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تتجاوز خمسين

ألف جنيه وتطبق سائر العقوبات والأحكام الأخرى المنصوص عليها في المادة ١٢٢ وفي حالة العود يجب الحكم بمثلى العقوبة والتعويض .
واستثناء من أحكام المادة ١٢٤ من هذا القانون لا يجوز رفع الدعوى العمومية في الجرائم المنصوص عليها في الفقرة السابقة إلا بناء على طلب من وزير المالية أو من ينييه . ويجوز لوزير المالية أو من ينييه إلى ما قبل صدور حكم في الدعوى العمومية الصلح مقابل أداء مبلغ التعويض كاملاً ، ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبوطة في الجرائم المشار إليها وإنما يجوز رد وسائل النقل والمواد التي استخدمت في التهريب .
ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى العمومية في الجرائم " .

(ج) - في القرار بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٤ في شأن تهريب التبغ:

تنص المادة الرابعة من القرار بقانون المذكور على أن :
" لا يجوز رفع الدعوى العمومية أو اتخاذ أية إجراءات في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إلا بطلب مكتوب من وزير الخزانة أو من ينييه .

ولوزير الخزانة أو من ينييه التصالح في جميع الأحوال مقابل تحصيل مالا يقل عن نصف التعويض المنصوص عليه في هذا القانون ، وفي هذه الحالة تعدم المواد التي استعملت ويجوز رد وسائل النقل والأدوات ويترتب على التصالح انقضاء الدعوى العمومية أو وقف تنفيذ العقوبة الجنائية مع جميع الآثار المترتبة على الحكم حسب الأحوال " .

١٨٩ - هل يجوز التصالح على الضرائب والرسوم ؟

يتعين في هذا الشأن التمييز بين أمرين الأمر الأول : هو التزام الممول بدفع الضريبة . وهذا لا يجوز الصلح عليه لأن هذا الالتزام مرده إلى

الأساس القانوني للضريبة الذى يقوم على مبدأ سيادة الدولة التى يعطيها الحق فى أن تلزم رعاياها والمقيمين على أرضها بدفع الضرائب .
ومن ثم يمكن القول بأن التزام الممول بدفع الضريبة من النظام العام فلا يجوز أن يكون محلاً للصالح .

والأمر الثانى : هو المبالغ المستحق دفعها على الممول كضرائب أو رسوم أو ما يسمى بدين الضريبة . وهذه المبالغ قد تكون محل نزاع بين الممول والإدارة الضريبية فحاز أن تكون محلاً للصالح^(١) .
ونرى أنه يجوز الاتفاق على تقسيط هذه المبالغ .

(١) يس يحيى ص ٣٣١ _ محمد حلمى مراد مالية الدولة ص ١٥٨ وما بعدها -
وقارن السنهورى ص ٥٥٩ ، عرفه ص ٣٠٨ هامش (٤) فريان أنه لا يجوز
الصالح على الضرائب والرسوم إذا كان الحق فى تحصيلها مقرراً بصفة نهائية
وليس محلاً للنزاع، وإنما يجوز الاتفاق على تقسيطها . أما إذا كان الحق ذاته
محلاً للنزاع ، جاز الصالح ، فيجوز الصالح على الرسوم الاختيارية التى
تحصلها المجالس البلدية .
ونضيف إلى أنه لا يجوز الصالح على الأموال العامة وعلى أحكام القانون
المتعلقة بإصابة العمل لتعلقهما بالنظام العام.

(ثانياً)

السبب فى عقد الصلح

١٩٠- المفهوم التقليدى للسبب :

ينذهب أتباع النظرية التقليدية فى السبب ، إلى أن السبب فى عقد الصلح هو الهدف المباشر الذى يسعى كل من الطرفين إلى تحقيقه . وعلى ذلك يكون سبب التزام كل طرف هو نزول الطرف الآخر عن جزء من ادعائه . وذلك طبقاً للنظرية التقليدية فى العقود التبادلية الأخرى فى أن سبب التزام كل عاقد فى العقود الملزمة للجانبين هو التزام الآخر . وعلى هذا يختلط السبب فى عقد الصلح بالحلل اختلاطاً تاماً^(١).

١٩١- المفهوم الحديث للسبب :

تذهب النظرية الحديثة فى السبب، إلى أن السبب فى عقد الصلح هو الباعث الدافع على التعاقد ، أى الباعث الذى دفع المتصلحين على إبرام الصلح .

وهذا الباعث يختلف فى عقد الصلح الواحد من متصالح لآخر ، كما يختلف فى عقود الصلح من عقد لآخر .

فقد يكون الباعث على الصلح العزوف عن اللجوء إلى القضاء وما يستتبعه من إجراءات طويلة ومصروفات باهظة أو الحيلولة من إذاعة علاقة عائلية، أو إبقاء على صلة بذى قريب أو صديق ، أو مراعاة لواجب الاعتراف بالجميل للنخس أو حرصاً على مصلحة لدى عميل .

ويشترط أن يكون الباعث الدافع إلى إبرام الصلح مشروعاً أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

ومن فإنه إذا صالح شخص امرأة للمحافظة على علاقة آئمة بها أو صالح شخص آخر على نزاع متعلق بإيجار منزل حتى يتمكن من إدارته للدعارة أو للعب القمار، فإن الباعث الدافع على الصلح في هذه الحالة يكون غير مشروع .

ويكون الصلح باطلا لعدم مشروعية السبب إذا كان الطزف الآخر في العقد على علم بهذا الباعث أو يستطيع أن يعلمه أو من السهل عليه أن يتبينه^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن المادة ١٣٦ من القانون المدق تنص على أنه إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا- وتنص المادة ١٣٧ من ذلك القانون على أن كل التزام لم يذكر له سبب يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك - فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ومؤدى هذا أن القانون قد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعاً - ولولم يذكر هذا السبب - فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله - وإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم الدليل القانونى على

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٣٥ وما بعدها - السهورى ص ٥٦١ وما بعدها - وقارن يس يحيى ص ٣٧٨ وما بعدها ، فهو يجعل للصلح سببا مزدوجا هو وضع حد للنزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين والباعث الدافع إلى التعاقد .

هذه الصورية - وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعاً عاتق المتمسك - ولما كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أن لثة تلازماً بين عقد البيع وعقد الصلح الذى تضمن التنازل عن دعوى الحجر الميرمين فى تاريخ واحد وأن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قد استخلصت بأدلة مستمدة من أقوال الطاعن وإقراراته والشكوى الإدارية أنه لم يدفع ثمناً إلى المطعون عليها الأولى ومورثها - فلها تكون بذلك قد تحققت من صورية السبب الوارد فى عقد البيع - ومن أن عقد البيع إنما حرر فى مقابيل التنازل عن دعوى الحجر - لما كان ذلك ، وكانت المادة ٥٥١ من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية - فإن عقد الصلح المؤرخ ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ فيما اشتمل عليه من تنازل عن قضية الحجر يكون عديم الأثر قانوناً - والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع يكون صحيحاً قانوناً فى نتيجته ولا جدوى بعد ذلك من النعى بما آتساره الطاعن فى السببين الثانى والخامس بشأن خطأ الحكم فيما استظهره من أن العقد شابه إكراه".

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ فى جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

(آثار الصلح)

موضوع رقم (١٩)

(حسم النزاع بين المتصالحين)

١٩٢- النص القانوني :

المادة (٥٥٣) مدني :

" ١- تنحسم بالصلح المنازعات التي تناولها .

٢- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا " .

١٩٣- تعداد :

يبين من نص المادة ٥٥٣ مدني أن للصلح أثرين هما :

الأول : انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا .

الثاني : تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما في ذلك .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلي :

١٩٤- الآثار الأولى : انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا :

يترتب على عقد الصلح انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا ، وهذا الأثر الذي رتبته القانون على عقد الصلح هو في الواقع من الأمر الذي أراده العاقدان ، فالمصالحين أرادا بالصلح حسم النزاع القائم بينهما طبقا للشروط التي ارتضيها ،

واقصر القانون على إلزامهما بما أرادا ، كما هو الشأن في كل تصرف يدخل في سلطان الإرادة . هذه القوة الملزمة للصلح تخضع للمبادئ العامة في العقد ^(١) .

فمثلا إذا تنازع شخصان ملكية مبنى وأرض ثم تصالحا على أن يكون المبنى لأحدهما والأرض للآخر فيترتب على هذا الصلح أن من خلصت له الأرض يلتزم أن ينزل عن ادعائه في ملكية المبنى .

وعلى ذلك لا يجوز للتصالح أن يتحلل من الالتزام الذي تقرر في ذمته بموجب العقد ولا أن ينقض ما تم من جهته بأن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالحق الذي حسمه الصلح أو أن يسر في دعوى مرفوعة عن ذات الحق ، وإلا كان للطرف الآخر أن يدفع بانتهااء الخصومة بالصلح ، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد ، كما سنرى ^(٢) .

(أنظر الأحكام المنشورة بيند ١٩٦ م) .

١٩٥- الأثر الثاني : تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما في ذلك :

الأثر الثاني للصلح ، هو تثبيت ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما في ذلك .
فالأثر الثاني في حقيقة الأمر ترتب على الأثر الأول .

ففى المسئل السابق- الخاص بالنزاع على المبنى والأرض - تخلص ملكية المبنى لأحد الطرفين وملكية الأرض للطرف الآخر . ولا يستطيع أى منهما منازعة الآخر فيما ثبت له الحق فيه .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤١ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٤٢ - يس يحيى ص ٦٠٧ وما بعدها

وسرى أن هذا التثبيت له أثر نسبي ، فهو مقصور على المحل الذى وقع عليه ، وعلى الطرفين اللذين وقع بينهما ، وعلى السبب الذى وقع من أجله .

والشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار ولو كان بعقد غير مسجل ، ولا تجوز فى الصلح الواقع فى شأن ملكية عقار لأنه ليس ناقلا للملكية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار ولو كان بعقد غير مسجل ، ولا تجوز فى الصلح الواقع فى شأن ملكية عقار لأنه ليس ناقلا للملكية بل كاشفا عنها ومقررا لها ولما تقتضيه طبيعته من أن يترك كل طرف شيئا من حقه فلا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررّة لمنفعة المتصلح كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد مثل طالب الشفعة ، إلا أن الصلح الذى يقع بين الخصوم ويصدق عليه القاضى فى دعوى صحة ونفاذ البيع التى تقام بقصد تنفيذ التزامات البائع والتى من شأنها نقل الملكية ، لا يترتب عليه قانونا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انحلال البيع الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله وإنما يظل التصرف الأصيل وهو البيع قائما ومنتجا لآثاره وبالتالي تجوز فيه الشفعة " .

(طعن رقم ٨٣٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٨٤)

١٩٦ الدفع بانتهاء النزاع بالصلح :

قدما أن الصلح يحسم النزاع بين طرفيه . ويترتب على ذلك أنه إذا كانت الدعوى لم ترفع بشأن النزاع ، فإن الدعوى تكون غير مقبولة بعد الصلح .

أما إذا كانت الدعوى قد رفعت أو جددت فلا يجوز المضي في السير فيها . ووسيلة الخصم في ذلك أن يدفع أمام المحكمة التي تنظر الدعوى بانتهاء الدعوى بالصلح .

وتنقضى ولاية المحكمة في الدعوى بالصلح . فإذا كان الخصمان لم يتفقا في عقد الصلح على من يلزم بالمصروفات ، فلا تقضى المحكمة بالمصروفات لانقضاء ولايتها ، ويتحمل كل خصم ما صرفه ^(١) .

والدفع بانتهاء الدعوى بالصلح هو دفع بعدم القبول يخضع لحكم المادة ١١٥ مرافعات . ومن ثم يجوز إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثاني درجة .

وهذا الدفع مقرر لمصلحة كل من الطرفين ، ولا يتعلق بالنظام العام . ولذا يجب على صاحب المصلحة التمسك به ، كما يجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمنا .

ومن ثم لا يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة النقض فضلا عن أنه ليس دفعا قانونيا يحتاج بل يختلط فيه القانون بالواقع ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " عقد الصلح وإن كان يحسم بين طرفيه المنازعات التي تناوئها ويفرض على كل منهما التزاما بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه ، إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة . بالصلح هو حق مقرر

(١) السهوري ص ٥٧٣ _ وقارن استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١٠ حيث

ألزم المدين في هذه الحالة بالمصروفات .

(٢) أكرم الخولي ص ٥١ .

لمصلحة كل من الطرفين ، يجوز له أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة في الحق المتصالح فيه ، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يتم أحدهما بما التزم به في عقد الصلح وجدد المنازعة في الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح في إجراءات الدعوى ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فإنه لا يكون في استطاعة الطرف الذى أسقط حقه في هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذى كان يجوز له تقديمه في المنازعة التى صدر فيها الحكم ، ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى .

(طعن رقم ٢٩٠ ، ٣٠٣ لسنة ٣٥ قى جلسة ١٩٧٠/٦/١١)

٢- " عقد الصلح وإن كان يحسم المنازعات التى تناولها ويفرض على كل منهما التزاما بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه إلا أن الدفع بانتقضاء المنازعة بالصلح هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حق مقرر لمصلحة كل من الطرفين يجوز له أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة في الحق المتصالح فيه ، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يتم أحدهما بما التزم به في عقد الصلح وجدد المنازعة في الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح في إجراءات الدعوى ، ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضى فإنه لا يكون في استطاعة الطرف الذى أسقط حقه في هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذى كان يجوز له تقديمه في المنازعة التى صدر فيها الحكم ، ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى . وإذا كان الثابت أن الطاعنين استمرا بعد الصلح

في السير في طعنهما السابق بالنقض ولم يقدم المطعون عليه دفاعه في الميعاد المحدد قانونا ، فإنه قد أسقط حقه في التمسك بالصلح - الذي تم بين الطرفين أثناء تداول الطعن السابق بالنقض - ولا يجوز أن يعود إلى التمسك به أمام أية جهة أخرى بعد أن أصدرت محكمة النقض حكمها في الطعن " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٧)

٣- " القاضى وهو يصدق على محضر الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة لأن مهمته تقتصر على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، ولا يعدو هذا الاتفاق أن يكون عقدا ليس له حجية الشيء المحكوم فيه ، إلا أن المادة ٥٥٣ من القانون المدنى نصت على أن " تحسم بالصلح المنازعات التى يتناولها ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا " مما مؤداه أنه إذا انحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة مما حسمه الطرفان صلحا " .

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٥)

٤- " النص فى المادة ٥٥٣ من القانون المدنى على أن " تحسم بالصلح المنازعات التى تسناولها ، ويترتب عليه انقضاء الخصومة والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا " ، يدل - وعلى جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه إذا انحسم النزاع بالصلح لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد هذا النزاع لا بإقامة دعوى به ولا

المضى في الدعوى التي كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا وتنقضى ولاية المحكمة على الخصومة " .

(طعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

٥- " إذ كانت المادة ٥٤٩ من القانون المدق تنص على أن "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه" كما تنص المادة ٥٥٣ منه على أنه "١- تنحسم بالصلح المنازعات التي تناوّلها. ٢- ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا" وإذا كان البين من الأوراق أن عقد الصلح الذي أبرمه الطاعن والمطعون عليهما الأول والثاني بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٤ بعد رفع الطعن الحالى وحكمت محكمة الاستئناف فى ذات التاريخ بإلحاقه بمحضر الجلسة وجعله فى قوة السند التنفيذى قد تضمن تنازل المطعون عليه الأول عن حقه فى الأخذ بالشفعة وعن الاستئناف المرفوع بشأن هذا الحكم وصحة الحكم الصادر من محكمة أول درجة وبصحة التصرف الصادر إلى الطاعن وإن هذا الصلح منهيّا لكل نزاع مستقبلا ولا يجوز لأى طرف الرجوع. وكان هذا الصلح لا مخالفة فيه للنظام العام ، وكان الصلح يحسم المنازعات التي تناوّلها على ما نصت عليه المادة ٥٥٣ سالفه الذكر مما مفاده عدم جواز تجديد النزاع- أو المضى فيه إذا كان لازال قائما ، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النزاع بما يعنى انتهاء الخصومة فيه ولما كان انتهاء الخصومة بغير حكم فى الدعوى يرجع إلى

أسباب مختلفة نظم قانون المرافعات بعضها كما في أحوال السقوط والانقضاء. غمضى المدة والترك ولم ينظم البعض الآخر كما في حالة الصلح بين طرفي الخصومة وحالة وفاة الخصم أو غيره إذا كان النزاع مما ينتهي بالوفاة كما في دعوى التطلق والطاعة والحضانة والضم وكان إغفال هذا التنظيم يعد نقصاً تشريعياً يوجب على القاضى تكملته بالاتجاه إلى المصادر التى نصت عليها المادة الأولى من القانون المدنى ومنها قواعد العدالة ، فإن الحل العادل في حالة انتهاء المنازعة صلحاً أن يقضى فيها بانتهاء الخصومة " .

(طعن رقم ٩١١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

٦- " وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا حسم النزاع بالصلح فإنه لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد النزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحاً ، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النزاع مما يعنى انتهاء الخصومة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ويتعين نقضه والحكم بانتهاء الخصومة فى الاستئناف صلحاً " .

(طعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" ومن حيث إن النزاع وقد انحسم صلحاً على ما سلف بيانه ، فإنه يترتب عليه وفقاً لحكم المادة ٥٥٣ من القانون المدنى انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولاً نهائياً ، ولا يجوز

من ثم لأى من طرفى الصلح أن يمضى فى دعواه ... يثير النزاع بمحاولة نقض الصلح أو الرجوع فيه بدعوى الغلط فى تفسير الفقرة السابعة من البند العشرين من الشروط . وبناء عليه فإن الدعوى مثار الطعن الماثل وقد رفعت متجاهلة الصلح الذى سبق أن حسم موضوع الخصومة تكون جديرة بالرفض ، ويكون الحكم المطعون فيه والأمر كذلك قد صادف الصواب فيما انتهى إليه من رفض الدعوى وإلزام رافعها المصروفات .

(طعن رقم ٩٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٦/١/١٤)

وإذا طعن الخصم فى عقد الصلح المقدم من خصمه ليدفع حجيته تعين على المحكمة الفصل فى صحة هذا الصلح قبل قضائها فى الدعوى، فحكم عقد الصلح حكم كل دليل يقدم إليها فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو اطراحاً له .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قدم المستأنف عليه إلى المحكمة عقد صلح محتجا على خصمه فى قبوله الحكم الابتدائى وتنازله عن الحق فى استئنافه ، وطلب مواخذته به، فلا شك فى أن من حق هذا الخصم (المستأنف) أن يطعن على هذا العقد ويدفع حجيته عنه ، ومن واجب المحكمة أن تتعرض له وتفصل فى النزاع القائم بشأنه بين الطرفين . فإن هذا العقد حكمه حكم كل دليل يقدم إلى المحكمة فتقول كلمتها فيه أخذاً به أو اطراحاً له ، لا يجب عليها وقف الاستئناف حتى يفصل فى الدعوى المقامة بصحة عقد الصلح ونفاذه " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٦/٥)

وتنتهى الدعوى بالصلح . فإذا ادعى آخر حقاله ، كان سبيله رفع دعوى جديدة .

أما إذا تدخل فى الدعوى التى قدم فيها الصلح آخر تدخلًا هجومياً أى مدعياً لنفسه بحق ذاتي ، فقد ذكرنا سلفاً أنه لا يجوز للمحكمة أن تنهى الدعوى صلحاً إلا بعد الفصل فى موضوع التدخل باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذى تصدره المحكمة فى موضوع الدعوى أو بإنهاء الدعوى صلحاً ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء التدخل . (راجع بند ١٥٧) .

١٩٧- التنفيذ العيني بعقد الصلح :

لا يجوز التنفيذ العيني بعقد الصلح ، إلا إذا كانت له صفة السند التنفيذى ، وهذا لا يكون إلا إذا كان مصدقاً عليه من المحكمة أو كان ثابتاً بورقة رسمية .

· أما إذا لم يكن عقد الصلح كذلك ، فإنه لا يجوز التنفيذ العيني بموجبه وإنما يجب الحصول على حكم بموجب هذا الصلح .

ويجب أن يكون الأمر المتفق عليه فى عقد الصلح متيسر النفاذ ، إما بالكيفية المنصوص عليها فى عقد الصلح ، وإما فى النصوص المدونة فى القانون ، فإذا لم يتيسر النفاذ بأحد هذين الطريقين كان الاتفاق لغواً كان لم يكن^(١) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٦٢٨ .

وقد قضى بأنه إذا اتفق الشركاء في محضر صلح على أن يقتسموا الأعيان ملكهم بمعرفة أنفسهم ، بمقتضى قوائم تحرر ويوقع عليها منهم ، ولكن لم تذكر في الصلح الكيفية التي تتم بها القسمة ولا هم اتفقوا عليها ، فإن هذا الصلح يكون لغوا ولذلك أجابت المحكمة طلب بعض الشركاء إحالة القسمة إلى المحكمة الجزئية المختصة لإجرائها قضائيا^(١).

١٩٨- الاتفاق على شرط جزائي في الصلح :

يجوز للطرفين أن يتفقا على شرط جزائي بعقد الصلح ، يدفعه المدين منهما إذا تأخر في تنفيذ التزامه ، أو كجزاء على الطعن فيه من أيهما . وهنا تطبق القواعد العامة ، فإذا تأخر المدين منهما في تنفيذ التزامه ، جاز للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني وتطبيق الشرط الجزائي للتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب التأخر في التنفيذ ولا يكون الشرط الجزائي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر (م ١/٢٢٤ مدق). ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه (م ٢/٢٢٤ مدق) .

وإذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م ٢٢٥ مدق) .

وإذا كان الشرط الجزائي مقرر كجزاء على الطعن في الصلح وطعن أحد المتصلحين فيه . فإذا نجح الطاعن في طعنه وأسقط الصلح ، لم يكن

(١) استئناف أهلي ١٢ يناير ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٤٨ .

الشرط الجزائي مستحقا إذ هو يسقط مع سقوط الصلح . أما إذا لم ينجح الطاعن في طعنه وبقي الصلح قائما ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرجع بالشرط الجزائي على الطرف الذي لم ينجح في الطعن مع جواز تخفيضه إذا كان مبالغا فيه على الوجه الذي أوردناه سلفا .
ويطلان الصلح يستتبع بطلان الشرط الجزائي ^(١) .

١٩٩- فسخ عقد الصلح :

يذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز فسخ عقد الصلح شأنه في ذلك شأن سائر العقود الملزمة للجائين ، ولو لم يتضمن الصلح نقلا لحقوق جديدة ، واقتصر على الكشف عن الحقوق الثابتة من قبل ، لأن الصلح ينشئ التزامات في جانب كل من المتصلحين هو ترك الجزء من ادعائه الذي نزل عنه بالصلح فيلتزم إذن بعدم تجديد النزاع في هذا الجزء ، فإذا أخل أحد المتصلحين بهذا الالتزام ، جاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح ليلغى النزول عن الجزء من ادعائه الذي نزل عنه بالصلح ^(٢) .

(١) السنهوري ص ٥٧٧ .

(٢) السنهوري ص ٥٧٨ وما بعدها - أكثم الخولي ص ٦٦ وما بعدها - يس يحيى ص ٦٩٤ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ٦٢٣ - وهذا على خلاف رأى أنصار النظرية التقليدية في الأثر الكاشف للصلح - وهو رأى مهجور الآن - في أن الصلح لا يجوز فسخه إذا لم يتضمن نقلا لحقوق جديدة واقتصر على الكشف عن الحقوق الثابتة ، لأن الصلح في نظرهم هو إقرار والإقرار إخبار لا إنشاء فلا يجوز فسخه .

فإذا اختلف وراثتان على تقسيم تركة عبارة عن منزل وأرض زراعية ، ثم اصطلحا على أن يختص أحدهما بالمنزل والآخر بالأرض فإن كل منهما يعد

وليس ثمة تعارض بين القول بالأثر الكاشف للصلح وبين جواز الفسخ، إذ أن الأساس القانوني لنظرية الفسخ قائم على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين إذ أن التزام أحد المتعاقدين في هذه العقود يكون مرتبطا بالتزام المتعاقد الآخر ، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من هذا الالتزام بطلب الفسخ^(١).

فإذا نازع المدين الدائن في الدين ، وتصالحا على أن ينزل الدائن عن جزء من الدين ويدفع المدين الباقي ، ثم أحل المدين بالتزامه فلم يدفع الجزء من الدين الذي تعهد بدفعه في عقد الصلح، جاز للدائن في هذه الحالة أن يطالب بتنفيذ الصلح إذا كان ممكنا فيجبر المدين على دفع الجزء الباقي من الدين الذي تعهد بدفعه في عقد الصلح ، أو يطلب فسخ عقد الصلح .

وقد كان المشروع التمهيدي للتعدين المدني يتضمن نصا برقم ٧٥٣ يجرى على أنه " إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما التزم به في الصلح ، جاز للطرف الآخر أن يطالب بتنفيذ العقد إذا كان هذا ممكنا ، وإلا كان له

مالك بسبب الميراث لا بسبب الصلح ويكون الصلح مقروا أو كاشفا لحقهما الثابت من الميراث ولا يكون كل منهما خلفا للآخر فيما يختص به ويكون الصلح بمثابة إقرار كل منهما لحق الآخر ومن ثم لا يتصور الفسخ في هذه الحالة لأنه رجوع في الإقرار ولا يجوز أن يعلق الإقرار في وجوده على تنفيذ الطرف الآخر لما التزم به في الصلح (راجع في عرض هذا الرأي يس يحيى ص ٦٩٣ وما بعدها - محمد على عرفه ص ٣٤٤) .

أن يطلب فسخ العقد ، دون إخلال في حقه بالتعويض في الحالتين " -
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي : " يرد الفسخ على الصلح كما يرد
على أى عقد آخر ملزم للجانبين ، فإذا لم يقم أحد المتصلحين بما أوجبه
الصلح في ذمته من التزامات ، جاز للمتعاقدين الآخر أن يطلب الفسخ
أو التنفيذ إذا كان ممكنا ، مع التعويض في الحالتين إذا كان له محل .
فإذا فسخ الصلح اعتبر كأن لم يكن ، وعاد النزاع القديم كما كان " -
إلا أن النص سالف الذكر حذف في لجنة المراجعة لأن " حكمه مستفاد
من القواعد العامة " ^(١).

ويخضع فسخ عقد الصلح للقواعد العامة في فسخ العقود الملزمة
للجانبين ، فيحوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ،
كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية
بالنسبة إلى الالتزام في جملته (م ١٥٧/٢ مدني) .

وإذا قضى بفسخ الصلح اعتبر الصلح كأن لم يكن ، إذ يعود المتعاقدان
إلى الحالة التي كانا عليها قبل الصلح ، ويعود النزاع القديم كما كان ،
دون أن يكون للصلح المفسوخ أية حجية على أى من الطرفين في هذا
النزاع لأن الصلح تنازل عن حق الدعوى وليس إقرارا بحق الخصم ^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٦٤ هامش (١) .

(٢) أكثم الخولي ص ٦٧ - وقد قضى بأنه إذا أبرأ الدائن مدنيه في نظير أن يدفع
الباقى في مواعيد محددة واتفق على أن يكون الصلح مفسوخا إذا لم يقم الأخير
بدفع الأقساط في مواعيدها ، أصبح حق الدائن مستحق الأداء جميعه بمجرد
تأخر المدين عن الوفاء في المواعيد المقررة (استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر ١٩٣١
مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ٤٤ ص ٩٤) - ولكن إذا قبل الدائن الوفاء
بعد حلول ميعاد استحقاق القسط، بل وقبل تأجيل بعض الأقساط التالية، -

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الصلح لا يترتب عليه قانونا انحلال التصرف الذى صدر الصلح فى شأنه ليحل هذا الصلح محله ، وإنما يظل التصرف الأصيل قائما ومنتجا لآثاره المعدلة بعقد الصلح ، بحيث إذا أبطل هذا العقد أو فسخ ظل التصرف الأصيل منتجا لآثاره دون أن ينال منها الصلح الذى أبطل أو فسخ " .

(طعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٠)

ولا يترتب على فسخ عقد الصلح سقوط ما ورد به من إقرارات لأن الإقرار إخبار وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ .

= اعتبر متنازلا عن فسخ الصلح. إذ قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩/١١/١٩٤٢ فى الطعن رقم ١٧ لسنة ١٢ ق بأن :

" إذا كانت المحكمة قد فهمت الدعوى على مطالبة بمبلغ حصل التنازل عنه بمقتضى محضر صلح ، وأن التنازل كان معلقا على شرط دفع أقساط الدين الباقى فى الأجال المحددة ، وأن المدعى عليه قد تأخر عن دفع الأقساط فى مواعييدها ، ثم قضت بعدم استحقاق المدعى لهذا المبلغ ، بانية ذلك على أن المدعى عليه قد قام بدفع بعض الأقساط قبل مواعييدها ، وأن المدعى قد قبل منه مبالغ بعد تواريخ الاستحقاق ، بل قبل تأجيل باقى بعض الأقساط إلى مواعيد الأقساط التى تليها ، مما مفاده عدم استمساكه بالمواعيد وبما رتبه عقد الصلح على عدم مراعاتها ، فهذا الحكم إذا انتهى إلى ما قضى به ، بناء على المقدمات التى ذكرها ، لا يصح تعييبه .

وإذ كانت المحكمة بعد تقريرها ما تقدم من تحليل المدين من الشرط الذى يتمسك به الدائن قد استطردت إلى تكيف هذا الشرط بأنه تهديد لا يتناسب فيه التويع مع الضرر المحتمل من التأخير وأنه حتى لو كان شرطا جزائيا فإنه لم يحصل عدم وفاء كلى بل كان التأخير جزئيا ، فذلك منها لا يتجافى مع موجب الواقعة التى حصلت " .

وفي هذا قضت محكمة النقص بأن :

" لما كان الإقرار إخباراً بأمر وليس إنشاء لحق فلا ترد عليه أحكام الفسخ ، فإن الحكم المطعون فيه وقد رد على دفاع الطاعنين المؤسس على أن عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما أبرم من أجله ، بأن ذلك العقد ينطوى على إقرار بملكية المطعون عليه بوصفه شريكاً في العقار ، وأن هذا الإقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح ، فإن هذا الذي قرره الحكم صحيح في القانون " .

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٥)

٢٠٠- الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ :

تنص المادة ١٥٨ مدق على أنه : " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه " .

وهذا النص العام الوارد بشأن العقود الملزمة للجانبين يسرى على عقد الصلح فيجوز الاتفاق في العقد على الشرط الصريح الفاسخ .

كما أن الصلح قد يفسخ بحكم القانون في حالة استحالة تنفيذ التزامات أحـد الطرفين ، فتتقضى الالتزامات المقابلة له . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٢٠١- التقايل في الصلح :

التقابل هو اتفاق الطرفين في عقد من العقود على إلغائه ويترتب على ذلك انحلال العقد ، وهذا الانحلال يكون قبل انقضائه بالطريق المعتاد وهو تنفيذ الالتزامات التي ينشئها . وقد يقع التقايل قبل البدء في تنفيذ العقد .

والتقايل يتم بإيجاب وقبول كما هو الشأن في العقد الأصلي ، والأصل أن له أثرا رجعيا ويعتبر عقدا آخر بالنسبة إلى الغير وكذلك بالنسبة إلى التسجيل^(١).

وبناء عليه يجوز للمتصلحين أن يتقايلوا من الصلح ، ولكن لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بذلك . ويجوز أن يستخلص التقايل ضمنا من استمرار الدعوى بين المتنازعين دون أن يلغى أيهما بالصلح الذي كان قد تم بينهما . وقد يكون التقايل جزئيا ، فيتقايلان في جزء مما تصالحا عليه ويستبقيان الجزء الآخر^(٢).

تفسير عقد الصلح :

٢٠٢- النص القانوني :

المادة (٥٥٥) مدني :

" يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ، وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة حالية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح " .

٢٠٣- تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً :

قاضى الموضوع هو المنوط به تفسير عقد الصلح - كالشأن في تفسير أى عقد آخر - ولا رقابة لمحكمة النقض على القاضى في تفسيره لعقد الصلح ، ما لم يستند في تفسيره إلى أسباب غير سائغة ، ويشوه قصد المتعاقدين .

(١) يس يجيى ص ٦٩٨ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٥٨٠ هامش (٢) - يس يجيى ص ٦٩٩ .

ويبين من نص المادة ٥٥٥ أن المشرع يجعل من الواجب عدم التوسع في تفسير الصلح ، وتلك نتيجة طبيعية للقاعدة القانونية التي من مقتضاها أن التنازل عن الحق لا يفترض ، وبما أن أساس الصلح هو نزول كل من المتصلحين عن جزء من ادعاءاته ، كان طبيعياً ألا يتوسع في تفسير هذا التنازل ، وأن يتذرع القاضى بالحيلة والدقة في تحديد موضوعه خشية أن يشوه قصد المتعاقدين ، ويخرجه عن الغاية التي قصدا إليها متجاوزاً بذلك الحدود التي رسمها ، فيتعرض لرقابة محكمة النقض^(١).

والنص المذكور يقرر قاعدتين يتضمنهما المبدأ السالف الذكر .

القاعدة الأولى :

وجوب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح بمعناها الدقيقة .
فإذا تضمن الصلح تنازلاً عن فوائد الدين فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها لا على ما يستحق .

وفي هذا جاء بمنكرة المشروع التمهيدي :

" الصلح نسبي في الموضوع فهو يقصر على الحقوق التي كانت محلاً للنزاع دون غيرها . ويجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح بمعناه الضيق ، فإذا تضمن الصلح تنازلاً عن فوائد الدين مثلاً ، فسر التنازل بأنه مقصور على ما استحق منها على ما يستحق " ^(٢).

(١) محمد علي عرفه ص ٣٢٥ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٦ .

ويفسر الصلح الحاصل بين الحكومة وأحد المفاوضين بقصد تسوية الحساب بينهما نهائيا ، على أنه لا يتضمن تنازل الحكومة عن الضمان العشري للمنشآت التي أقامها هذا الأخير ^(١).

وإذا تصالح الشريك مع شركائه على ما يستحق من أرباح في الشركة، فإن هذا الصلح لا يشمل إلا ما استحقه فعلا من أرباح ، لا ما قد يستحقه في المستقبل .

والقاعدة الثانية :

أن يقصر الصلح على المنازعات التي يقصد المتصالحان أن تكون موضوعا له دون غيرها .

ويجب في تحديد هذا القصد الرجوع إلى الحالة التي كانت قائمة بينهما وقت إبرام العقد . فإذا نص في عقد الصلح مثلا على أن أحد المتصالحين قد تنازل عن كل ماله من حقوق وادعاءات قبل الآخر ، لا يمتد الصلح رغم ذلك إلا إلى الحقوق التي واجهاها وقت التعاقد وجعلها منها موضوعا له ^(٢).

(٢) استئناف مختلط ٢٣/٢/١٩١١ مجلة التشريع والقضاء المختلط ١ لسنة ٢٣ ص ١٩٢.

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٨٨٩ مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة الأولى ص ١٨٧ .

وإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث، اقتصر الأثر على الميراث الذى تناوله الصلح ، ولا يتناول ميراثا آخر ويشترك فيه أيضا بقية الورثة^(١).

والصلح الحاصل بين دائئى الشركة لا يحتمل الديون التى على أحد الشركاء بصفته الشخصية^(٢)

وإذا تصالح شخصان فى دعوى وضع اليد على أن تكون لأحدهما ، ورفع الخارج دعوى الملكية ، فلا يحتج عليه بالصلح فى وضع اليد لاختلاف الدعويين^(٣).

واستعمال التعاقدين عبارة البراءة العامة ، بعد أن حصرا موضوع التخالص وحددها فيما هو مبين بمحضر الصلح ، إنما يفيد عموم البراءة فى نوع الحقوق التى كانت محل اعتبارهما عند التعاقد^(٤).

(١) السهنورى ص ٥٧١ .

(٢) مصر الكلية ٧ يناير ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٨١ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ .

(٤) استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٨٩٩ .

ومع ذلك فقد رأيت بعض المحاكم المصرية أن الصلح لا يحسم المنازعة فقط وقت إبرامه بل حاسما أيضا لكن نزاع يثار فى المستقبل متى كان هذا النزاع ناشئا فى الدعوى نفسها التى حصل فيها الصلح (طنطا الجزئية ١٥ فبراير ١٩٠٣ - المجموعة الرسمية السنة ٥ رقم ١٠٢) . وذلك تحقيقا لما قصده المتعاقدان (قنا الكلية ٣٠ يوليو ١٩٣١ المحاماة السنة ١٢ رقم ٥٠٥) . فإذا تنازلت وارثة ، فى عقد الصلح عن باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها ، لا يجوز لها المطالبة ببيع الأتيان التى استولت عليها مقابل التنازل لأن هذا البيع هو من باقى حقوقها الآيلة لها بالميراث الشرعى عن والدها التى تنازلت عنها بمحضر الصلح، فضلا عن أن البيع تابع للنزاع فى الملكية الذى حسمه الصلح، والفرع يتبع الأصل (طنطا الجزئية ١٥ فبراير ١٩٠٣ ، قنا الكلية ٣٠ يوليو ١٩٣٩) - راجع أيضا محمود جمال الدين زكى ص ٥٣ .

على أنه وإن كان من الواجب عدم التوسع في تفسير الصلح وقصره على موضوع النزاع ، إلا أن ذلك لا يمنع قاضى الموضوع من أن يستخلص من عبارات الاتفاق والظروف التى تم فيها نية الطرفين والنتائج المتبغاة من عمل الصلح ، ويعين نطاق النزاع الذى أراد الطرفان وضع حد له بالصلح .

فليس ثمة ما يمنع القاضى من أن يتخذ من العقد الذى بشأنه حصل الصلح أساسا لتفسير شروطه . فإذا أسست المحكمة قضاءها بصحة التنفيذ بفوائد تأخير الأقساط المستحقة من ثمن المبيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح فى احتفاظ البائع بجميع الحقوق المقررة له بعقد البيع ، وعلى أن عقد البيع ينص على سريان الفوائد عن التأخير، فلا مجال للنعى على حكمها هذا ، لأن عقد البيع يكون والحالة هذه متمما لعقد الصلح ، ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون فى حكم المنصوص عليها فى محضر الصلح^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الصلح عقد ينحسم به النزاع بين طرفيه فى موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر . ولهذا يجب ألا يتوسع فى تأويله وأن يقصر تفسيره على موضوع النزاع . على أن ذلك ليس من مقتضاه أن قاضى الموضوع ممنوع من أن يستخلص من عبارات الاتفاق ومن الظروف التى تم فيها نية الطرفين والنتائج المتبغاة من

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٦ .

الصلح ، ويحدد نطاق النزاع الذى أراد الطرفان وضع حد له باتفاقهما عليه ، بل إن ذلك من سلطته ولا رقابة عليه فيه مادامت عبارات الصلح والملايسات التى تم فيها تحمل ما استخلصه منها " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/١/١٦)

٢- " إذا كانت الجريمة من الجرائم التى لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى عليه (جريمة ضرب) فلوالد المجنى عليه بعد وفاته أن يدعى بحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جرائمها لأن من حقه بصفته وارثا أن يطالب بتعويض الضرر المادى والأدبى الذى سببته الجريمة لمورثه ، على اعتبار أن هذا الضرر يؤول فى النهاية إلى مال يورث عن المضرور ومادام المجنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة عن حقه فى التعويض فلا عل لافتراض هذا التنازل واستنتاجه من أن وفاته حصلت قبل أن يرفع دعوى التعويض " .

(نقض جنائى طعن رقم ٢١١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/٣/١٣)

٣ - (أ) - " إن الصلح عقد ينحسم به النزاع بين طرفيه فى موضوع معين على أساس نزول كل منهما عن بعض ما يدعيه قبل الآخر ، ولهذا فقد نصت المادة (٥٥٥) من القانون المدنى على وجوب أن تفسر عبارات التنازل التى يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ، وأياً كانت تلك العبارات ، فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التى كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذى حسمه الصلح " .

(ب) - " إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول تعدى على الطاعة بالضرب فى ١٩٨٢/٣/٢٣ أثناء شجار بين عائلتيهما،

وشكلت في اليوم التالي لجنة للصلح بين الفريقين، أقرت تحمل كل مصاب - ومنهم الطاعنة - نفقات علاجه ، ونزوله عن حقوقه المدنية قبل الآخر ، وكانت عبارات الصلح لا تتسع - وفق ما لايس انعقاده من الظروف إلا للإصابات الظاهرة في حينه ، وإذ تبين - لاحقاً- تخلف عاهة مستديمة لدى الطاعنة - والتي تختلف في طبيعتها عن الإصابة التي تبرا بعد مدة - فإنه يكون لها أن تطالب بالتعويض عنها ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وحاجها بالصلح ، الذي اعتبره نزولا منها عن حقها في التعويض، فإنه يكون معيبا بالفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢٣٤٩ لسنة ٦٣ في جلسة ٢٠٠١/١/٢٤)

٢٠٤- الفرق بين عقد الصلح والحكم :

يتفق عقد الصلح والحكم في أمرين الأول : أن كل منهما يحسم النزاع . الثاني : وجود وحدة في الخصوم والمحل والسبب في عقد الصلح والحكم كما سئرى .

ويختلف عقد الصلح عن الحكم فيما يأتي :

١- أن الصلح عقد كسائر العقود ، يشترط فيه توافر الرضا فهو ينعقد بإيجاب وقبول .

أما الحكم فيصدر من المحكمة في دعوى مرفوعة من أحد الأطراف للفصل في نزاع . وتتبع المحكمة في نظر الدعوى وإصدار الحكم القواعد المقررة في قانون المرافعات .

٢- الصلح يجوز أن يتوقى نزاعا محتملا ، أما الحكم فهو يفصل في نزاع قائم .

٣- أن الصلح- باعتباره عقدا - يخضع في تفسيره للقواعد التي تخضع لها تفسير كافة العقود وإن كان يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً كما رأينا . أما الحكم فيخضع في تفسيره للأحكام الواردة في المادة ١٩٢ من قانون المرافعات .

٤- الصلح - كما رأينا سلفاً - وحدة غير قابلة للتجزئة أما الحكم فهو قابل للتجزئة ، ويمكن تعديل أو إلغاء جزء منه دون مساس بباقيه .
٥- الصلح لا يجوز تنفيذه إلا إذا كان مصدقاً عليه من المحكمة أو كان ثابتاً بورقة رسمية .

أما عدا ذلك فلا يجوز تنفيذه إلا بعد استصدار حكم بموجبه .
أما الحكم فيجوز تنفيذه طبقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات .
٦- يجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى الحكم واجب النفاذ ، ولما كان عقد الصلح ليس حكماً فإنه لا يجوز أخذ حق اختصاص بموجبه على هذا الأساس .

وإن جاز أخذ حق اختصاص بناء على الحكم الذى يثبت صلحاً أو اتفاقاً بين الخصوم عملاً بالمادة ١٠٨٧ مدق .
(راجع بند ١٦٠) .

٧- الصلح لا يجوز الطعن فيه إلا بدعوى مستقلة لعب من عيوب الإرادة عدا الغلط في القانون . أما الحكم فلا يجوز الطعن فيه لعب من عيوب الإرادة . وإنما يجوز الطعن فيه بالطرق المبينة بقانون المرافعات .

موضوع رقم (٢٠)

(الأثر الكاشف للصلح)

٢٠٥- النص القانوني :

المادة (٥٥٤) مدني :

" للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ، يقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها " .

٢٠٦- الأثر الكاشف للصلح بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها:

تنص المادة ٥٥٤ مدني أن للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ويقتصر الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها .

والمقصود بالأثر الكاشف لهذه الحقوق ، أن الصلح لا يتضمن إنشاء أو نقلا للحقوق المتنازع فيها ، بل يقتصر الصلح على الكشف عن وجود الحق مستندا إلى مصدره الأول أي أن الحق الذي تنازل عنه أحد المتصالحين للآخر يعتبر ثابتا لا من وقت الصلح بل من وقت وجود السبب الذي أنشأ هذا الحق .

فإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل وكان يملكها مورث مشترك ، فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به ، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث^(١) .

(١) لم يكن نص المادة ٥٥٤ مدني مقابل في التقنين المدني السابق . وإنما كانت

تنص المادة ٥٣٧ / ٦٥٩ على أن : " التأمينات التي كانت على الحق الذي وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ولكن يجوز لمن عليه تلك التأمينات أو لمن يتضرر من بقاءه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع التي كانت =

وإذا تصالح المسئول والمضروب على مبلغ التعويض فإن هذا الصلح يقتصر على الكشف عن مقدار التعويض الذى يظل مصدره الفعل الضار لا الصلح .

وإذا كان هذا هو معنى الأثر الكاشف للصلح فإن من الطبيعى أن يقتصر هذا الأثر على ذات الحقوق التى كانت محلا للنزاع من الطرفين. أما إذا تضمن الصلح معدلات كمبلغ من النقود أو حق شخصى أو ملكية عين يقدمها أحد الطرفين إلى الآخر نظير تنازله عن ادعائه ، فلا شك أن الأثر الكاشف لا يلحق هذا المعدل بل يقتصر على الحق موضوع النزاع وذلك لأن الصلح فى هذه الصورة يتضمن بلا شك انتقالا لحق ثابت لأحد الطرفين إلى الآخر تسرى بشأنه كافة الأحكام والآثار القانونية المترتبة على انتقال الحق ويكون الطرف الذى يتلقى المعدل أو بدل الصلح - كما يسميه الشرعيون - خلفا للطرف الآخر. وهذا ما تقرره المادة ٥٥٤ بنصها على اقتصار الأثر الكاشف على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها . ومن الواضح أن الصلح فى الصورة المتقدمة يكون له أثر كاشف بالنسبة للحق موضوع النزاع وأثر ناقل بالنسبة للحق المتفق على انتقاله كمعدل للصلح إذ لا تعارض بين الأمرين ^(١).

= موجودة فى حق الدين قبل وقوع الصلح " - فكان هذا النص يقرر نتيجة من نتائج الأثر الكاشف للصلح. والأثر الكاشف للصلح كان معترفا به من الفقه والقضاة الوطنى والمختلط كما كان الأثر الكاشف للصلح مسلما به فى فرنسا دون نص وإن كان بعض الفقهاء قد استتجحه من المادة ٢٠٥٢ التى تشبه الصلح بالحكم .

(١) أكتف الخولى ص ٥٣ وما بعدها .

أما عن تعليل الأثر الكاشف للصلح للحقوق المتنازع عليها ، فقد ذهبـت النظرية التقليدية إلى أن الأثر الكاشف للصلح يعزى إلى أن الصلح إنما يتضمن إقرار كل من المتصلحين لصالح الآخر ، والإقرار يكشف الحقوق ولا ينشئها ، فهو إخبار لا إنشاء ، ولذلك فهو يقتصر على الحقوق المتنازع فيها فقط .

وبهذا التعليل أخذت مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدنى فقد جاء بها :

"بإلا حظ أن لأثر الصلح خاصيتين :

(أ) فهو كاشف للحق لا منشئ له .

(ب) وهو نسيى من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص .

أما أنه كاشف للحق لا منشئ له ، فمعنى ذلك أن الحق الذى اعترف به أحد المتصلحين للآخر يعتبر ثابتا لا من وقت الصلح بل من وقت وجود السبب الذى أنشأ هذا الحق ، فإذا تنازع شخصان على أرض ومنزل كان يملكهما مورث مشترك . فاصطلحا على أن يختص أحدهما بالأرض والآخر بالمنزل ، اعتبر كل منهما مالكا لما اختص به ، لا من وقت الصلح بل من وقت موت المورث ، وأنه قد ملك لا بالصلح بل بالميراث. والسبب فى ذلك أن الصلح إنما يتضمن إقرار كل من المتصلحين لصالح الآخر ، والإقرار يكشف الحقوق لا ينشئها ، على أنه يلاحظ أن هذا الأثر الكاشف مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها . ففى المثال المتقدم يقتصر الأثر الكاشف على الأرض والمنزل ، فلو فرض أن

المنزل قيمته أكبر من الأرض ، واقتضى الأمر أن يدفع من اختص بالمنزل معدلا لمن اختص بالأرض ، فالصلح أثره منشئ بالنسبة للمعدل ، لأنه لم يدخل في الحقوق المتنازع فيها ، إلخ " (١) .

أما النظرية الحديثة في تفسير الأثر الكاشف فتذهب إلى أن المتصالح في الواقع من الأمر لا يقر لصاحبه ، ذلك أن التحليل السليم للصلح هو أنه تنازل عن حق الدعوى لا ينطوى على أى إقرار بحق الطرف الآخر ، بل هو قد يرد على حقوق لا يشك المتنازل لا في ثبوتها له ولا في أن القضاء سيقرها له إذا سارت الخصومة إلى نهايتها . فهذا الجزء من الحق قد بقى على وضعه الأول دون أن يتغير، وإنما الصلح قد حسم النزاع فيه فخلص لصاحبه .

ومن ثم يكون للصلح أثران ، فهو قاض على النزاع من حيث خلوص الحق، وهو كاشف عن الحق من حيث بقاء الحق على وضعه الأول (٢) .

٢٠٧. النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصلح :

يترتب على الأثر الكاشف للصلح عدة نتائج منها:

١- عدم تجديد الالتزامات التي يقرها الصلح:

لا يترتب على الصلح تجديد الالتزامات التي يقرها ، بل تحتفظ هذه الالتزامات بصفاتها ودفعها وتلميذاتها التي كانت لها قبل حصول الصلح ، ما لم يتفق المتصالحون على عكس ذلك . وهذه نتيجة طبيعية للأثر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٢) السنهوري ٥٨٤- محي الدين علم الدين ص ٧١ .

الكاشف للصلح إذ أن الصلح يكشف عن الحقوق التي كانت قائمة من قبل فمن المنطقي أن تظل هذه الحقوق على حالتها الأولى .

وهذا ما قصده المشرع بالنص في المادة ٦٥٩/٥٣٧ من التقنين القديم على أن : " التأمينات التي كانت على الحق الذي وقع فيه الصلح تبقى على حالها للوفاء بالصلح ، ولكن يجوز لمن عليه التأمينات أو لمن يتضرر من بقائها أن يحتاج على الدائن بأوجه الدفع التي كانت موجودة في حق المدين قبل وقوع الصلح " .

غير أنه لم يرد بالتقنين الجديد مقابل لهاتين المادتين لاعتبارهما مجرد تطبيق للقواعد العامة ^(١) .

فالكفيل الشخصي أو العيني يستمر ضامناً لمبلغ الدين الأصلي إذا زيد بمقتضى الصلح الدين المضمون وإن نقص الدين بسبب الصلح فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بالتقصان ^(٢) .

ويترتب على عدم تحديد الحقوق السابقة أنه إذا كان الحق الذي حسم الصلح النزاع بشأنه ثابتاً في محرر رسمي قبل الصلح فإنه يحتفظ بهذه الصفة ويكون لصاحبه أن ينفذ به دون حاجة إلى استصدار حكم .

على أن قاعدة عدم تحديد الحقوق السابقة ليست مطلقة ، إذ أنه ليس هناك ما يمنع من التجديد إذا توافرت شروطه واتفق الطرفان على ذلك . وعادة يلجأ الطرفان إلى التجديد إذا كانت الروابط القانونية بينهما من

(١) محمد علي عرفه ص ٣١٩ وما بعدها _المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٨١ .

(٢) يس يجي ٦٦٧ .

التعقيد والتداخل بحيث يفضلان تجديدها بإنشاء التزامات جديدة . ويمكن القول إذن أن طبيعة عقد الصلح لا تتعارض مع تجديد الالتزام^(١).

٢- عدم اعتبار المتصالح خلفا للمتصالح الآخر في الحق المتنازع فيه:

لا يعد المتصالح خلفا للمتصالح الآخر في الحق المتنازع فيه ، ذلك أن المتصالح الذى خلص له الحق المتنازع فيه لا يعد متلقيا لهذا الحق من المتصالح الآخر ولا يكون خلفا له في هذا الحق . ومن ثم فليس له أن يستعين بمستندات الطرف الآخر في مواجهة الغير .

وعلى ذلك فإذا تصالح (أ) مع (ب) على أن تكون ملكية العقار لـ (ب) ثم تقدم (ج) مدعيا ملكية هذا العقار ضد (ب) فلا يستطيع (ب) أن يستفيد في نزاعه مع (ج) مما عساه يكون لدى (أ) من مستندات تتعلق بملكية العقار . فلا يستطيع (ب) وهو يتمسك بالتقادم في مواجهة (ج) أن يضم مدة حيازة (أ) إلى مدة حيازته ، وكذلك لا يستطيع أن يستفيد بالمستندات التي لدى (أ) في نزاعه مع (ج) لأنه ليس خلفا له^(٢).

(١) أكرم الخولى ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٥٨٤ وما بعدها - أكرم الخولى ص ٥٩ - وقد اعترض أنصار نظرية الأثر الناقل للصلح على هذه النتيجة إذ يرون أن هذه النتيجة مخالفة لقصد المتعاقدين ذلك أن المتصالح الذى يخلص له الحق المتنازع عليه إنما يقصد بالصلح إلى تقويته ورفع النزاع بشأنه ومن ثم يكون له أن يستفيد من المستندات التي لدى الطرف الآخر والمتعلقة بالحق موضوع الدعوى. ومن ناحية أخرى يرون أن تطبيق هذه النتيجة يؤدي إلى حلقة مفرغة ويقولون تدليلا على ذلك أنه في المثل السابق إذا فرضنا أن (ج) انتصر على (ب) في دعوى الملكية فإن (أ) يستطيع أن يرفع ضد (ج) دعوى بملكية العقار وأن =

٣- عدم وجوب تسجيل الصلح فيما بين المتعاقدين :

إذا كان محل الصلح حقا عينيا عقاريا فلا محل لتسجيل الصلح فيما بين الطرفين نتيجة لانعدام انتقال الحق .

وإنما يلزم التسجيل للاحتجاج بالصلح على الغير . ذلك أن المادة (١٠) من قانون الشهر العقارى لا توجب التسجيل فى التصرفات الكاشفة عن الحق كالصلح إلا للاحتجاج به قبل الغير . وبالترتيب على ذلك إذا

= ينتصر فيها بفضيل المستندات التى يحوزها والى لم يتمكن (ب) من الاستفادة منها وذلك دون أن يتمكن (ج) من الاحتجاج على (أ) بالصلح الذى تم بين (أ ، ب) والذى اعترف فيه (أ) بالملكية لـ(ب) تطبيقا للأثر النسبى للصلح . فإذا كسب (أ) دعوى الملكية ضد (ج) كان لـ (ب) أن يطالب (أ) بالعقار بناء على الصلح . ولكن (ج) يسترد العقار من (ب) استنادا إلى الحكم الذى سبق صدوره فى النزاع بينهما ولكن (أ) بدوره يسترد العقار من (ج) استنادا إلى الحكم الصادر لمصلحة (أ) فى النزاع بينهما ثم يعود (ب) لياخذه بمقتضى الصلح وهكذا دواليك ولقد اعترض بعض الفقهاء على ذلك بأن هذا فرض مدرسى - وإن كان صحيحا - لم يتحقق عملا لأنه يدل بذاته على أن (أ) هو أقوى الأطراف الثلاثة وأنه المالك الحقيقى فلا يمكن أن يتصالح مع (ب) ويسلم له بالملكية . كما أن هذا الفرض ليس نتيجة لاستحالة تمسك (ب) بالمستندات التى لدى (أ) فقط وإنما ساهم فيه الأثر النسبى للصلح الذى أجاز لـ (أ) استرداد العقار من (ج) الذى لم يستطع أن يحتج بالصلح فى مواجهته لأنه من الغير بالنسبة لعقد الصلح . وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا الاعتراض ليس قاصرا على الصلح بل يمكن توجيهه إلى الأحكام القضائية إذ هى ذات أثر نسبى كالصلح . (أكثم الخولى ص ٥٩ وما بعدها).

كان المتصالح الذى كان صاحب العقار قد باع هذا العقار قبل الصلح أو بعده لم يجوز لمن خلص له العقار بالصلح أن يحتج على المشتري إلا إذا سجل الصلح وأيهما - المشتري أو المتصالح الأول - سبق إلى التسجيل فضل على الآخر . إلا أنه إذا كان المشتري هو الذى سجل أولاً، جاز للمتصالح الأول أن يتنسك ضد المشتري بملكيته للعقار الذى كان ينازعه فيها المتصالح الآخر، فقد يكون هو المالك الحقيقى للعقار ويكون المشتري قد اشترى العقار من غير مالك وهو المتصالح الآخر^(١).

٤- انعدام الالتزام بالضمان :

لا ينشئ الصلح على عاتق المتصالح التزاماً بضمان الحق الذى تنازل عن الادعاء به ، إذا ما استحق المال موضوع النزاع. لأن الضمان لا يترتب إلا فى العقود الناقلة للملكية .

والواقع أن هذا الالتزام لا يعرض فى عقد الصلح أصلاً ، لأنه يحسم النزاع بين طرفين يحتفظ كل منهما بما يدعيه لنفسه من حق بعد إسقاط ما تنازل عنه هو للآخر . فلا يمكن أن يطالب غريمه بضمان ما اعترف به له ، حتى لو كان هذا الاعتراف بمقابل إذ أن التزام هذا الأخير ينحصر فى تنازله عن ادعائه على المال موضوع النزاع معترفاً له بما يدعيه عليه من حقوق^(٢).

غير أن المتصالح يضمن فى جميع الأحوال فعله الشخصى .

(١) السنهوري ص ٥٨٧ وهامش (٢) .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٤٨ .

٥- عدم صلاحية الصلح سببا للتملك بالتقادم الخمسى :

لا يصلح الصلح سببا للتملك بالتقادم الخمسى . ذلك أن السبب الصحيح الذى يميز التملك بالتقادم الخمسى تصرف ناقل للملكية وليس كاشفا . فإذا اصطلاح شخصان على أن يختص أحدهما بقطعة أرض ، ووضع يده بحسن نية على هذه الأرض ، ثم تبين أن هذه الأرض مملوكة لشخص آخر ، فإن المتصالح واضع اليد لا يملك الأرض بالتقادم الخمسى . ولكنه يجوز له تملكها بالتقادم الطويل وهو خمس عشرة سنة .

٦- عدم تحويل الصلح الحق فى الشفعة :

الصلح لا يتحول الحق فى الشفعة إذا كان واقعا على ملكية عقار حتى لو كان فى مقابلة بدل صلح ، وكان هذا البديل مبلغا من النقود ، فإذا خلص العقار لأحد المتنازعين فيه بالصلح، فلا يجوز للحار أو الشريك فى الشيوع أن يطلب أخذ العقار بالشفعة فعقد الصلح ما جاء إلا مؤيدا للحالة السابقة ومحو لا يوضع اليد المتنازع فيه إلى وضع يد غير متنازع فيه، فضلا عن أن المبلغ المدفوع لا يمثل قيمة العقار ، بل ما قد يكون للطرفين من حظ فى كسب أو خسارة فى دعوى الملكية^(١).

غير أنه إذا أخفى الصلح بيعا، جاز الأخذ فيه بالشفعة ، ويقع على عاتق الشفيع إثبات ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه الاستقبال قطعا للنزاع الحاصل بينهما فهذا عقد صلح طبقا لنص المادة

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤٩ .

(٢) حلت محلها فى القانون الجديد المادة ٥٤٩ .

٥٣٢^(١) من القانون المدنى . ولايصح اعتباره بيعا لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتعاقدين إلى الآخر بثمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن بعد مستقرة لتاركها بل كانت محل نزاع ، والمبلغ المسمى لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم به مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح . والصلح لايجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد . ذلك بأن الصلح الواقع فى ملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود ليس ناقلا للملكية بل مقرر لها، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار وإنما يمثل ما قد يكون للطرفين من حظ فى كسب أو خسارة دعوى الملكية . ثم إنه بطبيعته يقتضى ترك كل طرف شيئا من حقه ، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح ، كما أنه يستلزم من قبل طرفيه واجبات شخصية لا يمكن أن يحل فيها أجنبى عن العقد ، مثل طالب الشفعة أو الاسترداد . هذا فضلا عن أن نصوص القانون فى الشفعة والاسترداد صريحة فى أن كلا الحقيين لا يردان إلا على حالة البيع " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٢٧)

٧- عدم اعتبار المتصالح على دين متنازع فيه فى ذمة الغير متلقيا للدين من المتصالح الآخر :

إذا وقع الصلح عن دين متنازع فيه فى ذمة الغير ، فخلص هذا الدين بالصلح لأحد المتصالحين ، لم يعتبر هذا المتصالح متلقيا للدين من المتصالح الآخر ، فلا تراعى هنا الإجراءات الواجبة فى حوالة الحق^(٢) .

(١) السهنورى ص ٥٨٧ .

٢٠٨- الطعن في الصلح بالدعوى البوليصة :

استقر القضاء الفرنسي والمصري على جواز الطعن في الصلح بالدعوى البوليصة من جانب دائن المتصلح^(١).

ويرى جانب كبير من الفقه أن هذا الحكم لا ينسجم مطلقا مع الأثر الكاشف للصلح ولا يتلاءم إلا مع القول بالطبيعة الناقلة لهذا العقد ، ذلك أنه لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصة إلا في التصرفات المفقرة والصلح كاشف للحقوق فلا يمكن أن يعتبر تصرفا مفقرا.

غير أنه من الصعب التسليم بأن الصلح تصرف مفقر في كل الأحوال ، فقد يتضمن إثراء للمدين ، فضلا عن أن الدائن وهو صاحب المصلحة في الطعن على الصلح يعد من الغير بالنسبة لعقد الصلح ويستطيع إذا أثبت أن الصلح الذي أبرمه مدينه قد سبب إعسارا له بأن زاد من التزاماته أو نقص من حقوقه أن يطعن فيه بالدعوى البوليصة إذا توافرت سائر شروطها فالحقيقة أن الأثر الكاشف للصلح ليس مانعا من الطعن في الصلح بالدعوى البوليصة^(٢).

٢٠٩- الأثر الناقل للصلح بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع فيها:

الأثر الكاشف للصلح يقتصر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها . أما إذا تناول عقد الصلح حقا غير متنازع فيه قدم من مصالح إلى غريمه مقابل نزوله عما يدعيه أو بعضه ، كان له أثرا ناقلا بالنسبة إليه .

(١) نقض فرنسي في ٢٢ يولية ١٩٠٢ - استئناف مختلط في ١٧ مارس سنة

١٩٢١ مشار إليهما في مؤلف بس يحيى ص ٦٨٢ هامش (١) - أكتم الخولي

ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) بس يحيى ص ٦٨٢ - قرب أكتم الخولي ص ٦٣ وما بعدها.

وبعبارة وجيزة للصلح أثر كاشف بالنسبة للمصالح عنه وأثر ناقل بالنسبة للمصالح عليه . فإذا تنازع شخصان على ملكية أرض ثم تصالحا على أن يختص أحدهما بها في نظير أن يسلم الآخر منزلا ، فالصلح ناقل للملكية بالنسبة لهذا المنزل ^(١).

وإذا تصالح الطرفان على ملكية الأرض فتخلص إلى أحدهما في نظير أن يلتزم بدفع مبلغ من النقود للآخر ، فالصلح ناقل للملكية النقود .

فالصلح بمنزج هنا بعقد ناقل للملكية ولا يؤثر امتزاج العمليتين على صحة تسمية هذا الاتفاق المركب بأنه صلح طالما أن الغاية منه هي حسم النزاع أو تلافي حصوله ^(٢).

ويتزتب على كون الصلح له أثر ناقل في المثاليين السابقين عكس النتائج التي ذكرناها بالنسبة للأثر الكاشف .

وبالترتيب على ذلك وعلى سبيل المثال . يعد المتصالح خلفا للمتصالح الآخر ، ويلتزم من أعطى الحق غير المتنازع عليه بضممان الاستحقاق ويجب تسجيل الصلح لنقل ملكية العقار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير .

ويكون الصلح مبيا صحيحا في التقادم الخمسى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تكيف عقد الصلح واعتباره منشئا للحق أو مقررا له من حق المحكمة وحدها دون تدخل الخصوم . وإذن فمضى كانت المحكمة قد حصلت من عقد الصلح أن أساس تملك الطاعة الأتبان التي خصصت لها في

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٤٩ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٢٢ .

عقد الصلح هو ادعاؤها الاستحقاق في الوقف ، وأن المطعون عليهما قد تنازلتا عن إنكارهما استحقاقها وصالحتاها على مبلغ من المال مقابل حصة الطاعنة في عين من أعيان الوقف ، فإن هذا الصلح يكون كاشفا لحق الطاعنة في تلك الأطنان المبني على ادعائها الاستحقاق في الوقف لا منشفا لذلك الحق . وتعد الطاعنة في هذه الحالة مالكة لما خصص لها بعقد الصلح من وقت الاستحقاق المدعى به لوفاء من تلقى الاستحقاق عنه لا من تاريخ عقد الصلح " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦١/٤/٢٧)

موضوع رقم (٢١)

(الأثر النسبي للصلح)

٢١٠. المقصود بالأثر النسبي للصلح :

يشترك الصلح مع الحكم في أن له أثر نسبي ، بمعنى أن تكون حجته مقصورة على الأطراف التي وقع بينها ، والمحل الذي وقع عليه ، والسبب الذي وقع من أجله .

فترتب - كما رأينا سلفا - على الصلح كالحكم - دفعا قطعيا ينتج به على من يحاول من الأطراف تجديد النزاع فيما تضمنه الصلح وهو الدفع بانتهاء النزاع بالصلح .

والأثر النسبي للصلح مصدره - كأى عقد آخر - ما تنص عليه المادة ١٥٢ مدني من أنه : " لا يترتب العقد التزاما في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا . أما حجية الحكم فمصدرها نص المادة ١٠١ من قانون الإثبات التي تجرى على أن : " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا .

وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها " .

ونعرض لعناصر نسبية عقد الصلح فيما يأتي :

٢١١- (أ) - اتحاد الأطراف :

يقتصر الأثر النهى للصلح على أطراف الصلح ، وهذا ما يعبر عنه بأن الصلح نسبي من حيث الأشخاص ، فلا يستفيد منه غير أطرافه ، ولا يضارون منه ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كانت المادة ٥٣٥ من القانون المدنى القديم تنص على أنه " لا يجوز الطعن فى الصلح إلا بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشئ أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها " إلا أن تطبيق هذه المادة مقصور على المتعاقدين أما الأجنبى على الصلح فإنه لا يحتاج به " .

(نقض مدنى طعن رقم ٦٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/١٩)

(١) وكانت المادة ٧٤٥ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أنه : " لا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقديه ، حتى لو وقع على محل لا يقبل التحزوة " .

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " الأشخاص الذين يسرى فى حقهم الصلح هم المتصلحون أنفسهم . فلا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقديه حتى لو وقع على محل لا يقبل التحزوة وهذا ما يعبر عنه التقنين الحالى (م ٥٣٨/٦٦٠) بعبارة غامضة فينص على أنه " لا يجوز الاحتجاج بالصلح على من له شركة فى القضية التى وقع فيها الصلح ولا يجوز أن يحتج هو به أيضا " . مثال ذلك أن يصطلح أحد الورثة مع الوصى له على الوصية ، فلا يحتج الورثة الآخرون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم (مع ذلك يراعى النص الوارد عن الصلح مع أحد المدنين المتضامنين م ٤١٨ من المشروع) " .
إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأن حكمه يستخلص من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جسد ٤ ص ٤٥٣ هامش (١) .

٢- "إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى المدنية لسبق حصول صلح فيها مع أخ المجنى عليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفع بقوله إن المدعية بالحق المدني - وهى الوصية على أولادها القصر - لم تكن طرفا فى هذا الصلح ، فإن ما انتهى إليه الحكم يكون صحيحا فى القانون . ذلك أن عقد الصلح - كغيره من العقود - قاصر على طرفيه ، وما دام أن العقد تم مع شقيق المجنى عليه ، وهو ليس بوارث ولا نائب عن الورثة ولا وصى على قصر أخيه ، فإن توقيعه على هذا العقد بصفته وصيا لا يضمن عليه هذه الصفة ، كما أن أثر العقد لا يتعدى إلى المدعية بالحق المدني " .

(نقض جنائى طعن رقم ١١٦٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١٢)
وبالترتيب على ذلك :

(أ) - لا يمتحج بالصلح الذى يتناول كل التركة من ميراث على الورثة الذين لم يوافقوا عليه كما أنهم لا يتقيدون بشروطه ^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من الصورة الرسمية لصحيفة الاستئناف أن مقدميها نازعوا فى جواز توجيه إجراءات التنفيذ على التركة فى شخص بعض الورثة قائلين بوجوب اختصاصهم جميعا কিما يتقدم كل منهم بما عسى أن يكون لديه من وجوه الدفاع ، وقرروا أن ما قال به الحكم من أنه يكفى توجيه الخصومة لبعض الورثة ، إذ ينتصب الوارث خصما عن الباقيين مادام الذين قد التزمت به التركة ، لا عمل لتطبيقه فى الدعوى حيث لم توجه إجراءات التنفيذ المطلوب إبطالها إلى بعض الورثة باعتبارهم نائبين عن الباقيين بل وجهت إلى جميع الورثة فصح اختصاص البعض دون البعض ، ثم تمسكوا - فى سبيل التلليل على قيام التعارض بين مصالغ الورثة الموجب لاختصاصهم جميعا - بأن الإجراءات المطلوب إبطالها اتخذت بحكم مؤسس على صلح عقده غيرهم من الورثة ولم-

على أن العبرة في معنى اتحاد الخصوم إنما هي بصفاتهم لا بأشخاصهم . فالصلح الحاصل مع خصم بصفته الشخصية ، لا تكون له حجية قبل هذا الخصم إذا جدد النزاع باعتباره ناظرا على وقف ، لأن صفة النظارة مغايرة للصفة الشخصية للخصم المائل في الصلح ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن العبرة في اتحاد الخصوم فيما يتعلق بقوة الشيء المحكوم فيه إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم . وإذن فالحكم الصادر في وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجية قبل هذا الخصم باعتباره ناظرا على وقف ، فإن صفة النظارة للخصم قد تتعارض مع صفته الشخصية " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٩ في جلسة ١٩٤٠/٣/٧)

(ب) - لا يحتج بالصلح الذي يتم بين أحد الورثة والموصى عليه على الوصية ، على الورثة الآخرين ، كما لا يحتج به هؤلاء الورثة ^(٢).

" يشتركون هم فيه ولا أقروه ، ومع ذلك لم تتحدث محكمة الاستئناف في حكمها عن شيء من ذلك وأيدت الحكم الابتدائي لأسبابه ، فلهذا بذلك تكون قد أعجزت محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون ، ويتعين نقض حكمها لقصوره " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١٧ في جلسة ١٩٤٨/٥/٢٠)

(١) محمد علي عرفه ص ٣٢٧ .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى لمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٥٣ الهامش.

(ج)- إذا كان الموصى له شخصين بوصية واحدة ، وصالح الوارث أحدهما ، فإن هذا الصلح لا يحتج به الموصى له الآخر ، ولا يحتج به عليه .
(د)- لا يحتج بالصلح الحاصل مع المجنى عليه في حادثة على أرملة التي تتقدم بعد وفاته على إثر هذه الحادثة للمطالبة بتعويض الضرر الذى لحقها خاصة بوفاة عائلها ، هذا ولو تضمن الصلح تنازل المجنى عليه عن المطالبة بالتعويض حتى عن النتائج المستقبلية لهذه الحادثة^(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض -الدائرة الجنائية- بأن :

" إن صلح المجنى عليه قبل وفاته مع ضاربه لا يؤثر في حقوق الورثة في المطالبة بتعويض ما نالهم من الضرر بعد وفاة والدهم من جراء الاعتداء عليه لأن الأساس القانونى لطلب الورثة ذلك التعويض هو الضرر الذى لحقهم من عمل من اعتدى على والدهم وفقا للمادة ١٥١ من القانون المدنى وليس أساسه وراثتهم للحق الذى ثبت لوالدهم قبل وفاته . فإذا تنازل الوالد عما ثبت له قانونا من الحق في تعويض الضرر والذى ناله ممن اعتدى عليه فإن هذا التنازل لا يؤثر في حق الورثة المستمند مباشرة من القانون والذى لا يملك الوالد أن يتنازل عنه قبل وجوده إذ حقهم لا يولد إلا من تاريخ موته هو " .

(طعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٥/٢٨)^(٢)

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٧ .

(٢) قارن نقض جنائى طعن رقم ٢١١ لسنة ق جلسة ١٩٤٤/٣/١٣ وقد جاء به:
" إذا كانت الجريمة من الجرائم التى لا تتوقف المحاكمة فيها على شكوى المجنى-

٢١٢- الأشخاص الذى يتأثرون بالصلح ولو لم يكونوا طرفا فيه:

قاعدة عدم الاحتجاج بالصلح على من لم يكن طرفا فيه ، ليست إلا تطبيقا للقواعد العامة الواردة فى باب الالتزامات ، فهو يخضع لحكم هذه القواعد . ومن مقتضى ذلك أن يرتبط بالصلح سائر الأشخاص الذين لم يكونوا طرفا فيه بأنفسهم ، ولكنهم كانوا ممثلين فيه وفقا لقواعد النيابة أو قواعد الاستخلاف. ومن الأشخاص الذين يسرى عليهم الصلح وفقا لقواعد النيابة القصر والمحجور عليهم ، بالنسبة للصلح الذى يعقده الأوصياء أو القامة بإذن محكمة الأحوال الشخصية . وأعضاء الشركات التجارية بالنسبة للصلح الذى يعقده المدير المنتدب والمفلس بالنسبة للصلح الذى يعقده أمين التفليسة . والموكل بالنسبة للصلح الذى فوض فيه الوكيل وذلك وفقا للشروط المقررة قانونا . أما أولئك الذين يسرى عليهم الصلح وفقا لقواعد الاستخلاف فهم الورثة ومن فى حكمهم ، كالموصى إليهم بكل التركة أو بجزء منها ، فهؤلاء يرتبطون بالصلح فى نفس الحدود التى كان يتقيد بها سلفهم .

= عليه (جرى ضرب) فلوالد المبنى عليه بعد وفاته أن يدعى بمحقوق مدنية على أساس الضرر الذى لحق ابنه من جراحها . لأن من حقه بصفته وارثا أن يطالب بتعويض الضرر الأدبى والمادى الذى سببته الجريمة لمورثه ، على اعتبار أن هذا الضرر يؤول فى النهاية إلى مال يورث عن المضرور . ومادام المبنى عليه قبل وفاته لم يتنازل صراحة عن حقه فى التعويض فلا محل لاقتراض هذا التنازل واستنتاجه من أن وفاته حصلت قبل أن يرفع دعوى التعويض " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ١٤ ق جلسة ١٣/٣/١٩٤٤)

ويسرى هذا الحكم على الدائنين العاديين أيضا لأنهم يتأثرون بكل تصرفات المدين السابقة على نفيه نزاع الملكية ، مع الاحتفاظ لهم بحقوقهم في الطمن في الصلح بدعوى عدم نفاذ التصرفات إذا توافرت شروطها .

أما الخلف الخاص كالمشتري والدائن المرتهن ومن في حكمهما من أصحاب الحقوق العينية ، فإنهم لا يتأثرون بالصلح الحاصل مع البائع أو المدين الراهن ، إلا أن يكون من شأن الصلح ترتيب حقوق عينية على العقار المبيع أو المرهون ، وحفظت هذه الحقوق وفقا للقانون قبل ميلادتهم إلى التسجيل أو القيد^(١).

وتطبق القاعدة العامة في النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر إذ تنص المادة ٢٩٤ مدنى على أنه :

" إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هو ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه " .

فالصلح مع أحد المدينين المتضامنين يجوز إذن أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم . وكالمدينين المتضامنين الدائنون المتضامنون ، فالصلح مع أحد الدائنين المتضامنين يجوز أن يحتج به الدائنون المتضامنون الآخرون ، ولكن لا يحتج به عليهم .

(١) محمد على عرفه ص ٣٢٧ وما بعدها .

كذلك الصلح مع المدين الأصلي يجوز أن يحتج به الكفيل ، ولكن لا يجوز أن يحتج به عليه .

أما الصلح مع أحد المدينين في دين غير قابل للانقسام ، فلا يحتج به الدائنون الآخرون ، ولا يحتج به عليهم ، لانعدام النيابة التبادلية هنا سواء فيما يضر أو فيما يفيد^(١) .

وإذا صالح الوارث الظاهر على الميراث، فإن صلحه يسرى في حق الوارث الحقيقي ، شأن سائر تصرفات الوارث الظاهر .

٢١٢- (ب) انعاد الموضوع :

رأينا أن المادة ٥٥٥ من التقنين المدني تنص على أن : " يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً ، وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح " - ومقتضى هذا النص أنه لا يمكن الاحتجاج بالصلح كدفع بعدم قبول منازعة جديدة يثيرها أحد المتصالحين إذا لم يكن موضوع هذه المنازعة هو نفس الموضوع الواقع فيها الصلح . فالصلح ينهى النزاع محددًا بموضوعه فلا أثر له على نزاع يختلف موضوعه ولو كان قائماً بين ذات الأطراف . فالصلح الحاصل بين دائني شركة مفلسة والشركاء لا يشمل الديون التي استدانها أحد الشركاء بصفته الشخصية . ولا يقبل من هذا الأخير أن يحتج بمحضر الصلح الحاصل عن ديون الشركة المفلسة لاختلاف موضوع هذه الدعوى عن موضوع الصلح .

(١) السنهوري ص ٥٩٢ - أكرم الخولي ص ٤٨ .

وقد تعرضنا لهذه المسألة تفصيلا عند تناول تفسير الصلح فنحيل إليه
(راجع بند ٢٠٣) .

(ج) - اتعاد السبب :

يقتصر الأثر المنهى للصلح على النزاع عددا بسببه . فإذا نشأ
نزاع جديد بين طرقي الصلح متعلقا بذات موضوع الصلح ولكن سببه
يختلف عن سبب النزاع الأول فلا محل للاحتجاج بالصلح الخامس
للنزاع الأول .

وكانت المادة ٧٤٣ من المشروع التمهيدي تنص على أن : "من تصالح
على حق له أو على حق تلقاه بناء على سبب معين ، ثم تلقى هذا الحق
ذاته من شخص آخر أو بناء على سبب آخر ، لا يكون هذا الحق الذي
كسبه من جديد مرتبطا بالصلح السابق " . إلا أن هذه المادة حذفت في
لجنة المراجعة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ^(١) .

وعلى ذلك إذا تصالح شخص على أرض ادعى أنه ورثها ثم اشتراها
بعد ذلك فإن له أن يحتج بالشراء على من تصالح معه على الميراث ،
ولا يكون لهذا الأخير أن يحتج بالصلح السابق ^(٢) .

كذلك إذا تصالح شخص وصيه السابق على حساب الوصاية ولم يطعن
في هذا الصلح ، أو صالحه على الحساب بعد انقضاء سنة من تاريخ
تقديمه، فإنه يكون مقيدا بهذا الصلح ، فإذا كان له أخ لم يصالح الوصي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٤٩ هامش (١) وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٥٠ الهامش .

مثله ، ومات هذا الأخ فورثه هو ، فإنه لا يكون مقيدا بالصلح فيما يتعلق بحقه في الإرث من أخيه ، ويستطيع أن يعود إلى مناقشة الحساب مع الوصى في شأن هذا الحق . ذلك لأن السبب هنا قد اختلف ، فهو قد صالح الوصى قاصرا الصلح على ما يخصه هو من حساب الوصاية ، ولا يستطيع الوصى أن يحتاج عليه بصلح تقدم فيه بسبب حسابه الشخصي ، وهو الآن بسبب آخر هو الميراث من أخيه ^(١) .

(١) السنهوري ص ٥٩٤ .

(العقد الثالث)

(عقد الوكالة)

موضوع رقم (٢٢)

**التنظيم التشريعى لعقد الوكالة - تعريف عقد الوكالة
وخصائصه - تمييز عقد الوكالة عن غيره من العقود**

٢١٤- التنظيم التشريعى لعقد الوكالة:

خصص التقنين المدنى الجديد لعقد الوكالة الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الثانى كأحد العقود الواردة على العمل (المواد من ٦٩٩ إلى ٧١٧) .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى الجديد تحت عنوان (نظرة عامة) التنظيم الذى وضعه المشروع لعقد الوكالة ، ونكتفى بإيراد نصوص هذه المذكرة الإيضاحية فيما يلى :

" فصل المشروع عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام . فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات . وجعل عقد الوكالة فى مكانه بين العقود المسماة التى ترد على العمل، إذ الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعى ، بعد فصل الوكالة عن النيابة ، ألا تستكرر النصوص فى الموضوعين . فاختصت النيابة بالمبادئ العامة ، دون نظير إلى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون . وعرض المشروع فيها بنوع خاص إلى أثر النيابة فى العلاقة مع الغير الذى يتعاقد معه النائب. أما الوكالة ، فباعتبارها عقدا بين الوكيل والموكل ، فقد تركزت فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين ، من ناحية المصدر فهى نيابة

اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة الوكيل بالموكل أى النائب بالأصيل . أما العلاقة بالغير فقد وردت في الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفاقية ، مع الإحالة على مبدأ النيابة بوجه عام في الأحكام الأخرى .

وقد راعى المشروع أن يرتب نصوص عقد الوكالة ترتيبا منطقيا لا يجده في التقنين الحالى . فعرض في فصول ثلاثة لإنشاء عقد الوكالة ، وما يترتب عليه من أثر ، وكيف ينتهى . وفي إنشاء العقد فرق المشروع بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة . وفي الآثار عرض للالتزامات كل من الوكيل والموكل ثم لأثر الوكالة بالنسبة للغير . وبين في النهاية الأسباب التى تنتهى بها الوكالة ، فظهر منها أن الوكالة عقد غير لازم، فللموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة .

وإذا قورنت نصوص المشروع بنصوص التقنين الحالى ، يتبين أن المشروع قد عالج عيوباً في نصوص التقنين الحالى من وجوه ، واستكمل الناقص في هذا التقنين من وجوه أخرى .

فقد عالج العيوب من وجوه أهمها ما يأتى إلخ " (١) .

٢١٥ - تعريف عقد الوكالة وخصائصه :

عرفت المادة ٦٩٩ من التقنين المدق الجديد عقد الوكالة بقولها :
" الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل " (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٨٤ وما بعدها .

(٢) تعريف الوكالة شرعا :

ويبين من هذا التعريف أن للوكالة عدة خصائص تخلص فيما يأتي :

١- الوكالة عقد من عقود التراضي، أى أنها تنعقد بالإيجاب والقبول.
وقبول الوكيل قد يكون صريحا أو ضمنيا .

ويعتبر قبولا ضمنيا من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا . إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنته ، كما هو الأمر في المحامي والوكيل بالعمولة ، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها ^(١) .

غير أن عقد الوكالة قد يكون شكليا - كما سنرى - إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة هو تصرف شكلي .

٢- الوكالة من عقود التبرع - بحسب الأصل- وعلة ذلك أن الموكل يختار الوكيل عادة من بين أصدقائه أو ذوى قرباه . فالشخص لا يعهد إلى الغير بمصالحه جزافا وعن غير خبرة ، إنما يختار من بينهم من يكون

الوكالة شرعا هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنياحة شرعا .

وتطلق الوكالة لفعلى الحفظ ومنه قوله تعالى {وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ} وقوله : { لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا } وتطلق لغة أيضا ويراد بها الاعتماد وتقويض الأمر كقوله تعالى : {وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ} وقوله: {إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ} وقوله : { وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ } .

والمعنى الثانى هو المتفق مع التعريف الفقهي للوكالة .
(راجع بهذا الصنيع الجزء السادس ص ١٩ وما بعدها - على الخفيف في مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١١٥) .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٩١ .

محلا لثقتهم ، ولا يضع الإنسان ثقته عادة إلا في الأشخاص المتصلين به والمقرين إليه ^(١).

وقد ورثت الوكالة هذا الطابع المجاني عن القانون الروماني القديم الذي اتخذ فيه عمل الوكيل طابع الخدمة بين الأصدقاء والذي كان لا يقر مبدأ الأجر إلا بالنسبة للعمل المادي . ولكن التطور الاجتماعي والاقتصادي في العصور الحديثة قد أضعف أهمية هذا الطابع الأصيل إذ ظهرت صور كثيرة من الوكالة المأجورة بل زادت أهمية الوكالة المأجورة بكثير من أهمية الوكالة المجانية . ومع ذلك فما زال القانون ينظر إلى الوكالة على أنها في الأصل دون مقابل ، إذ تنص المادة ١/٧٠٩ على أن : " الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " ^(٢).

٣- الوكالة عقد ملزم للجانبين ، ويكون ذلك واضحا إذا اتفق على أجر للوكيل ، إلا أنها تكون كذلك أيضا ولو كانت تبرعا ، إذ أن الموكل يلتزم في جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل في تنفيذ الوكالة وتعويضه عما أصابه من الضرر ، وهذان التزامان ينشآن من عقد الوكالة نفسه ، وليس من الضروري أن تنشأ الالتزامات المتبادلة في العقود الملزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد . على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين ، فقد تكون ملزمة لجانب الوكيل وحده ،

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٤٦ .

(٢) أكثم الخولي ص ١٩٨ .

ولا تنشأ التزامات في ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يصبه ضرر يعرض عنه^(١).

٤- أن محل عقد الوكالة الأصلي هو القيام بعمل قانوني لحساب الموكل ، إذ نصت المادة ٦٩٩ مدني صراحة على أن الوكيل يلتزم " بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل " ، وهذا ما يميز عقد الوكالة عن غيرها من العقود الواردة على العمل وخاصة عقدى المقاولة والعمل . فلا وكالة إذا كان التصرف ينصب على القيام بعمل مادي لمصلحة الغير .

وذكرنا أن محل عقد الوكالة (الأصلي) هو عمل قانوني ، لأن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تبعا للتصرف القانوني الذي وكل فيه ، كما إذا وكل في قبض الدين ، فإنه يجب في بعض الأحيان أن يسعى للمدين وأن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين .

وهذا المعنى لم يكن ظاهرا في نص المادة (٦٢٥/٥١٢) من التقنين الملغى ، فكان يطلق في عمل الوكيل فلا يقيده بالعمل القانوني^(٢).

(١) السنهاوري الجزء السابع المجلد الأول طبعة ١٩٨٩ ص ٤٦٥ وما بعدها- وعكس ذلك محمد علي عرفه ص ٣٤٧ فيرى أن عقد الوكالة ملزم لجانب واحد، ولا يفهم أن يكون العقد تبادليا إلا إذا تولدت عنه مباشرة التزامات متبادلة ومتعاصرة في ذمة كل من طرفيه . فإذا كان لا يتولد عن العقد مباشرة إلا التزام أحد طرفيه فحسب ، فإنه يكون ملزما لجانب واحد بصرف النظر عن الالتزامات التي تنشأ بسببه فيما بعد- أيضا ذات الرأي أكتفم الخولي ص ٩٩ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٨٥ .

وكان ذلك الحال أيضا في التقنين الفرنسي مما دفع بعض الأحكام الفرنسية إلى توسيع معنى الوكالة بحيث تشمل القيام بالأعمال المادية للغير كقيادة السيارات^(١).

(١) ويلاحظ أن المادة ٣٤١ من قانون العقوبات التي تجرم اختلاس أو تبديد الأشياء التي تسلم إلى الجاني : " بصفته وكيلًا بأجرة أو مجانًا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره " ، لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة حسبما هو معرف في المادة ١٩٩ مدني بل يندرج تحت حكمها أيضا حالة الشخص الذي يكلف بعمل مادي لمنفعة مالك الشيء أو غيره .

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١ - " لما كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه والمكمل بالحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى بما مفاده أن المتهم تسلم الأخشاب من المدعية بالحق المدني بموجب عقد اتفاق مؤرخ في الخامس من نوفمبر سنة ١٩٧١ لتصنيعها وتركيبها في عمارتها إلا أنه لم يتم بتصنيعها كلها وامتنع عن رد ما تبقى منها ثم عرض الحكم لدفاع الطاعن في شأن تكييف العقد ورد عليه بقوله " وحيث إنه لما كان لمحكمة الموضوع حق تفسير العقود على الوجه الذي تراه مفهوماً منها فإن عقد الاتفاق المبرم بين المدعية والمتهم هو عقد من عقود الأمانة التي حصلت لها المادة ٣٤١ ع " . لما كان ذلك، وكانت المادة ٣٤١ من قانون العقوبات إذ نصت على تجريم اختلاس أو تبديد الأشياء التي تسلم على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن وذكرت في نهاية عقود الأمانة حالة من ".... كانت " (الأشياء) سلمت له بصفة كونه وكيلًا بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو لغيره ... " فإن مفاد هذه العبارة من النص أن حكم هذه المادة لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة - حسبما هو معرف في المادة ٦٩٩ من القانون المدني - الذي بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل

فحسب، بل يندرج تحت حكمها أيضا حالة الشخص الذى يكلف بعمل مبادئ لمنفعة مالك الشئ أو غيره . يؤكد ذلك أنه فى النص الفرنسى للمادة ٣٤١ وضعت كلمة (عامل) بعد كلمة (وكيل) بما يقطع أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانونى أو بعمل مادية لمنفعة المالك أو غيره ومن ثم فإن اختلاس أو تبديد العامل للأشياء المسلمة إليه لتصنيعها أو إصلاحها لمنفعة مالكيها أو غيره يكون مؤثما فى حكم المادة ٣٤١ من قانون العقوبات . لما كان ذلك، وكان الطاعن لا ينازع فى أنه قد تسلم الأخشاب من المدعية بالحق المدنى لتصنيعها لحسابها مقابل أجر ، فإن امتناعه عن رد ما تبقى منها يكون مؤثما وفق نص المادة ٣٤١ سالف الذكر . ولا مصلحة للطاعن من تعيب الحكم فيما أخطأ فيه - فى موضع منه - من تكييفه عقد الاتفاق المرم بين الطاعن والمدعية بالحق المدنى بأنه عقد ودیعة طالما أن الوصف القانونى الصحيح للواقعة حسبا تقدم - تنطبق عليه المادة ٣٤١ من قانون العقوبات التى عامل الحكم الطاعن بها و أوقع عليه العقوبة المنصوص عليها فيها ، ومن ثم فإن ما ينعيه الطاعن على الحكم فى هذا الصدد يكون غير منتج .

(طعن رقم ١٢٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١)

٢- " حيث أن المادة ٣٤١ من قانون العقوبات إذ نصت على تجريم اختلاس أو تبديد الأشياء التى تسلم على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن وذكرت فى نهاية عقود الأمانة حالة من ".... كانت "الأشياء" سلمت له بصفته وكيلًا بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره "...." فإن مفاد هذه العبارة من النص أن حكم هذه المادة لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة حسبا هو معرف فى المادة ٦٩٩ من القانون المدنى- الذى بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل فحسب، بل يندرج تحت حكمها أيضا حالة الشخص الذى يكلف بعمل مادية لمنفعة مالك الشئ أو غيره ، يؤكد ذلك أنه فى النص الفرنسى للمادة ٣٤١ وضعت كلمة "عامل" بعد كلمة وكيل بما يقطع أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانونى أو بعمل مادية لمنفعة المالك أو غيره ، ومن ثم فإن اختلاس أو تبديد العامل للأشياء المسلمة إليه لتصنيعها أو إصلاحها لمنفعة مالكيها أو غيره يكون مؤثما فى حكم المادة

والواقع أن التفرقة بين العمل القانوني والعمل المادى تدق لأن القيام بأغلب الأعمال المادية يستلزم إبرام العقود . فإذا كان الشراء والبيع والصلح أعمالا قانونية بلاشك وكانت قيادة السيارات أوجنى المحصول أو صنع الثياب أعمالا مادية بلا شك فإن الأمر قد لا يعرض بهذا الوضوح.

إذا عهد شخص إلى آخر ببناء منزل، فهل يعتبر بناء المنزل عملا ماديا أم عملا قانونيا هو إبرام العقود اللازمة للقيام بهذا العمل المادى ؟ والإجابة أنه إذا كان المعهود إليه ببناء المنزل مقاولا محترفا لا يكون العقد وكالة لأن رب العمل لا يخول المقاول سلطة القيام بأى تصرف قانونى لحسابه والمقاول إذا تعاقد مع الغير كوسيلة لقيامه ببناء المنزل فهو يتعاقد لحسابه الخاص . أما إذا كان رب العمل قد كلف شخصا ليس مقاولا بالإشراف على بناء المنزل لحسابه فإن ذلك يفهم على أن هذا الشخص يكون وكيلا عنه سواء فى التعاقد مع مقاول أو فى شراء المواد اللازمة للبناء والتعاقد مع مهندس واستئجار العمال اللازمين إذا رأى عدم اللجوء إلى مقاول . أما إذا كان المكلف بالبناء سيقوم بنفسه

٣٤١ من قانون العقوبات ، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى ببراءة المطعون ضده من تهمة تبديد الأخشاب التى سلمت إليه لتصنيعها لمنفعة مالكيها- الطاعن- ورفض الدعوى المدنية قبله استنادا إلى أن العقد الذى تسلم بموجبه تلك الأخشاب لا يعد من عقود الأمانة الواردة فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، خطأ حجبته عن بحث موضوع الدعوى وتقدير أدلتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه - فيما قضى به فى الدعوى المدنية - والإحالة "

(طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٠/١٠/٥)

ببناء منزل صغير مثلا فلا شك في انعدام الوكالة . فالعبرة في وصف العمل بأنه مادي أو قانوني هي في الواقع بإرادة الطرفين ^(١).

٥- أن محل عقد الوكالة الأصلي هو القيام بعمل قانوني لحساب الموكل وقد نصت المادة ٦٩٩ مدني صراحة على ذلك بقولها : " الوكالة بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل " .

فمن أهم مميزات الوكالة والذي يفرق بينها وبين كثير من العقود الأخرى التي تشبهها ، أن الوكيل ينوب عن الموكل ، فهو يعمل ويتكلم باسمه ، بحيث أنه عند تمام العقد تكون الحال كما لو كان الموكل تعامل بنفسه ، فيصير الموكل دائما أو مدينا بناء على عمل الوكيل ، الذي لا يلتزم شخصيا قبل من تعامل معهم من الغير ، ولا يلتزمون هم أيضا قبله ، بل إن العمل الذي يعمل به يلتزم به الموكل ^(٢).

وليس معنى ذلك أن العمل القانوني يقوم به الوكيل حتما باسم الموكل وإن كان هذا هو الغالب بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصي كما يقع في الاسم المستعار وفي الوكالة بالعمولة . ولكن يجب دائما أن يعمل الوكيل لحساب الموكل لا لحسابه الشخصي . فيقدم عند انتهاء الوكالة حسابا للموكل عما قام به من الأعمال لتنفيذ الوكالة فالوكالة تكون تارة مقترنة بالنيابة وتكون الوكالة نيابية عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصي ،

(١) أكرم الخولي ص ١٩٢ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٦٢ .

وسواء عمل الوكيل باسم الموكل في الوكالة النيابية أو عمل باسمه الشخصي في الوكالة غير النيابية فهو في الحالتين يعمل لحساب الموكل^(١).
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجب أن يعمل الوكيل دائما لحساب الموكل . والأصل أنه يعمل أيضا باسم الموكل ، إلا إذا أبيع له أن يعمل باسمه الشخصي فيكون في هذه الحالة " اسما مستعارا " وهو في الحالتين وكيل " ^(٢) .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الفضالة - على ما تقضى به المادة ١٨٨ من القانون المدنى - تقتضى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، وإذ كانت الشركة حين عهدت للطاعن بإقامة المبانى على الأرض إنما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيها) فإن أحكام الفضالة تكون غير منطبقة ، كما ينتفى قيام الوكالة المدعى بها لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانونى لحساب الموكل " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

وكانت المادة ٦٢٥/٥١٢ من التقنين الملقى تشترط أن يعمل الوكيل (باسم الموكل) .

(١) السهنورى ص ٤٦٦ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٩١ .

٦- تتميز الوكالة بتغليب الاعتبار الشخصي، فالموكل أدخل في اعتباره شخصية الوكيل ، وكذلك الوكيل أدخل في اعتباره شخصية الموكل .

ويترتب على هذه الخاصية أن الوكالة تنتهى بموت الوكيل كما تنتهى بموت الموكل .

٧- الوكالة عقد غير لازم . بمعنى أنه يمكن إنهائه بإرادة أحد الطرفين فقط . ففى وسع الموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، فينهى بذلك ما بينهما من روابط قانونية . كما يستطيع الوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى تراهى ذلك كما سنرى ^(١).

وتستقل محكمة الموضوع بالتعرف على ما عناه المتعاقدان من المحرر إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى لما قصدها وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه ولن كان التعرف على ما عناه المتعاقدان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى لما قصدها وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ... لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن الطاعة

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٧ .

باعت إحدى وحدات العقار المملوك لها إلى المطعون عليها واتفقا في العقد على التزام الأخيرة بسداد نصيبها في مصروفاته إلى البائعة موزعا على أقساط شهرية على أن يتم تسوية الحساب بينهما في نهاية العام من واقع المصروفات الفعلية ، مما مؤداه - وعلى ما أفصحت عنه إرادة المتعاقدين ومقصودهما - إنابة المشترية للطاعة في الوفاء بنصيبها في المصروفات التي تستلزمها إدارة العقار باعتبارها مالكة على الشيوع كل بقدر نصيبها فيها على أن توفيه لها موزعا على أقساط شهرية حتى يتم تسوية الحساب بينهما من واقع المصروفات الفعلية التي أدتها الطاعة ، وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا التكيف الصحيح للعلاقة بين المتخاصمين ، ولم يعتد بإنابة المطعون عليها للطاعة في الوفاء بنصيبها في مصروفات العقار ، ورتب على ذلك اعتبار التزام المطعون عليها بأداء نصيبها في هذه المصروفات للطاعة بمثابة حق دوري متجدد يسرى عليه التقادم الخمسى المنصوص عليه في المادة ٣٧٥ من القانون المدني فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه في هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٠١٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤)

٢١٦- تمييز عقد الوكالة عما يشبهه به من عقود :

١- الوكالة والبيع :

يتشابه البيع بالوكالة في حالة الشراء باسم مستعار ، والمشتري في هذه الحالة يشتري باسمه ما وكل في شرائه وتنقل ملكية الشيء إليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد إلى من وكله في الشراء ، والشراء باسم

مستعار هو صورة من صور الوكالة ، لأن من يعير اسمه ليس إلا وكلاء
عمن أعاره ، وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر
لنفسه بشئ وكل فيه ويجب أن يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق
بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة ^(١).

وتختلط الوكالة بالبيع في حالة الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير ،
ويحدث ذلك في حالة انعقاد بيع بين البائع والمشتري ويتضمن عقد البيع
صراحة أن المشتري يحتفظ بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع
البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا
أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع
صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون
حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر والبيع مع حق التقرير
بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز
التعامل به ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار
الغير وبين المشتري المستتر بأنه وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي

(١) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء القضاء والفقهاء الجزء

الثاني المجلد الأول ص ٩٢ وما بعدها - المستشار سيد خلف عقد البيع في

ضوء الفقه وأحكام النقض الطبعة الثانية ٢٠٠٠ ص ١٢٥ .

(٢) للمستشار سيد خلف ص ١٢٠ .

تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تنافرا ، فإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذ لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة ممما ، ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة .

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٩)^(١)

٢- إذا كان محصل دفاع الطاعنة أن " والدها إنما كان يشتري لحساب والدتها وهو ما أفصح عنه بموجب الإقرار اللاحق ، ولذلك فقد انصرفت آثار العقد من البائعة إلى والدتها مباشرة . فإن التكييف القانوني لهذا الدفاع هو أن العقد لم يكن يبيعا نهائيا لوالدها ، بل يخوله حق اختيار الغير ، ولما كان يشترط لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط

(١) منشور بمؤلف المستشار سيد خلف ص ١٢٧ وما بعدها .

اختيار الغير في العقد ، حتى إذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه ، اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثار العقد دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر . وإذا كان الثابت في الدعوى أن عقد البيع قد خلا من هذا الشرط فإن والد الطاعنة يكون هو المشتري الحقيقي " .

(طعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢٨)

٣- " البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به ، ويجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير في العقد بأن يحتفظ المشتري عند إبرام العقد . بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٥)

وهناك أيضا بعض أوجه الشبه بين البيع والوكالة تجد حلها في كثير منها في الرجوع إلى العرف والاستناد إلى قرائن واقعية تستمد غالبا من حرفة القائم بالتصرف .

فعمود الشراء أو البيع التي يجريها الوكيل بالعمولة يفترض أنها لحساب الغير لا لحساب الوكيل بالعمولة . وبالعكس يفترض أن التصرف بيع لا وكالة إذا كان الشخص الذي يظهر كوكيل يبيع الأشياء التي يتسلمها الطرف الآخر يلتزم بدفع مبلغ محدد سلفاً إلى الموكل مهما كان الثمن الذي سيبيع به .

والعقد الذي بمقتضاه يتسلم تاجر من آخر بضاعة لعرضها للبيع مشروطاً رد ما يتخلف عن البيع ودفع ثمن ما بيع منها يعتبر من قبيل الوكالة ، ولو وصفه المتعاقدان بأنه بيع معلق على شرط فاسخ ذلك لأن مهمة التاجر الأول قاصرة على مجرد الوساطة كما يتضح من شروط العقد فليست الغاية من مثل هذا الاتفاق نقل ملكية البضائع إليه بل مجرد تكليفه بالبيع لحساب التاجر الثاني^(١) .

وكذلك يعتبر البنك الذي يتلقى الأسهم والسندات من شركة لبيعها لعملائه وكيلًا إلا إذ ثبت العكس من عبارات العقد أو من ظروف خاصة^(٢) .

٢- الوكالة والشركة :

يثور الشك في بعض التصرفات بأنها وكالة أو شركة ، ومثال ذلك ما يأتي :

١- أن يشتري شخص سلعة ويودعها عند آخر ، ويتفقان على أنه عند بيعها يقسم الربح فيما بينها ، فهذا العقد لا يعتبر شركة ، بل هو اتفاق على وكالة بالعمولة لأن من أهم خصائص الشركات أن يتوفر فيها

(١) محمد على عرفه ص ٤٣٨ .

(٢) أكثم الخولي ص ١٩٠ .

قصد المشاركة في الربح والخسارة من أعمال متكررة لا عمل واحد أو عدة أعمال تأتي بها المصادفات والظروف^(١).

٢- شراء شخصين لسيارة أودعاها عند ثالث ، على أن يقسم الربح العائد من بيعها عليهم جميعا وعلى أن يتحمل الثالث الخسارة وحده إذا وقعت . فإن العقد يعتبر وكالة .

٣- أن يعهد شخص بإدارة بعض أمواله إلى شخص آخر نظير حصول هذا الأخير على جزء من ثمار هذا المال .

والمناط في تكييف هذا العقد ، هو البحث عن قيام نية الاشتراك بما تفرضه من مساواة بين الشركاء في المساهمة في الإدارة وإبداء الرأي ، وهو ما يتعارض مع خضوع الوكيل لتعليمات الموكل . وتطبيقا لذلك حكم بأن العقد يعتبر وكالة لا شركة إذا كان بنك قد التزم بالإشراف على إصلاح محلج مملوك لأحد عملائه على أن يستغله البنك - باسم مالكه وتحت مسؤوليته- لمدة معينة يحصل منها على جزء معين من الأرباح وعلى أن يقدم العميل صاحب المحلج رهنا رسميا لوفاء دينه للبنك^(٢).

٣- الوكالة والوديعة :

يقبَل أن يقع في يد الوكيل مال للموكل، كما إذا قبض ديناً له أو قبض ثمن الشيء الموكل في بيعه . كذلك قد يقع في يد الوكيل أشياء

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٢) استئناف مخطوط ٢٨ مايو ١٩٣٠ .

مملوكة للموكل كمستندات يحتاج إليها في تنفيذ وکالته ، أو مجوهرات وكل في بيعها ، أو كميالة وكل في قبضها . ففى جميع هذه الأحوال لا تكون هناك ودیعة مقترنة بالوكالة ، لأن ما فى يد الوكيل لم يتسلمه لحفظه كما هو الأمر فى الودیعة ، بل تسلمه لتنفيذ الوكالة ومع ذلك فقد تقترن الودیعة بالوكالة ، كما إذا أودع شخص مالا عند آخر لحفظه ووكله فى الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه . والحراسة ليست إلا ودیعة مقترنة بتوكيل الحارس فى إدارة المال الموضوع تحت الحراسة^(١).

٤- الوكالة والإيجار :

تختلف الوكالة عن عقد الإيجار ، فإن محل عقد الوكالة عمل قانونى ، أما محل عقد الإيجار فيرد على منفعة الشئ المؤجر وليس على عمل الإنسان . والوكيل عادة يعمل باسم الموكل ويمثله ، أما المستأجر فى الإجارة فلا ينوب عن المؤجر بل يعمل لحسابه وتحت مسئوليته .

(١) السهورى ص ٣٨٦ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مما يميز عقد الوكالة عن عقد الإيجار أن الوكيل يعمل لحساب الموكل ويمثله في حين أن المستأجر لا يمثل المأجر ولا يعمل لحسابه ."

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠)

غير أنه قد يقع لبس بين الوكالة والإيجار فيما إذا اتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له جملة واحدة أعيانا يملكها الأول ، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة ، ويتقاسم الأجرة مع المأجر بنسبة معينة ، أو يأخذ لنفسه مبلغا يخصمه من الأجرة .

والمعيار في تكييف هذا العقد وهل هو إيجار أم وكالة ، هو شرط استحقاق صاحب الأعيان مقابل المنفعة ، فإذا كان صاحب الأعيان يستحق من التعاقد معه أجرة عنها في جميع الأحوال ، أى سواء أجزت للغير أم لا ، كنا بصدد إيجار ، أما إذا علق شرط استحقاق المقابل على التأجير للغير ، كنا بصدد وكالة . ومن القرائن التي تدل أيضا على أن العقد وكالة وليس إيجارا ، اشتراط موافقة صاحب الأعيان على قدر الأجرة التي يدفعها الغير ، إذ الأصل أن للمستأجر أن يؤجر العين من الباطن بالأجرة التي يريد^(١).

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الخامس (عقد الإيجار في التقنين المدني) ص ٣٧ وما بعدها - محمد كامل مرسى في العقود المسماة - الجزء الخامس عقد الإيجار ١٣٧٢-١٩٥٣ ص ٢٦ - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي عقد الإيجار الجزء الأول دار الكتاب العربي - مصر ص ٣٤ - وقارن السنهاورى ص ٤٧٨ ومرقس في عقد -

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن :

الاتفاق الموصوف بأنه عقد إيجار دون أجره محددة ، والذي يخول المستأجر أن يؤجر من الباطن بشرط أن يوافق المؤجر على الأجرة التي يدفعها المستأجرون من الباطن وبشرط أن يتقاسم هذه الأجرة كل من المؤجر والمستأجر الأصلي ، لا يكون إلا عقد وكالة عامة بالإدارة مسترة تحت اسم عقد إيجار وينتهي هذا العقد بموت المستأجر الأصلي الظاهر لأنه لم يقع عليه الاختيار للإدارة إلا نظرا لما توافر عليه من صفات الاجتهاد والكفاية الشخصية . (استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٠٦) .

كما قضت بأن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على إيجار العقار دون أجره محددة ، وبغرض الإيجار من الباطن مع تقاسم طرفي العقد للأجرة وبعد موافقة المالك على هذه الأجرة ، إنما هو في الواقع عقد وكالة أكثر منه عقد إيجار ، وعلى ذلك يفسخ بموت الموكل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٠٧) .

والعقد الذي بمقتضاه يمنح شخص آخر الانتفاع الوقفي بعقار على أن يخصم من إيراده مبلغا معيناً سنوياً لنفسه ويرد الباقي إلى المالك يعد عقد وكالة (ليون ١١ ديسمبر ١٨٦٨) .

- الإيجار الطبعة الرابعة ١٩٨٥ ص ٣٥ وما بعدها إذ ينهبان إلى أن العقد وكالة مأجورة دون أعمال التفرقة المبينة بالمنع.

وعلى عكس ذلك اتفاق جريدة مع شركة على نشر إعلاناتها مقابل مبلغ لمدة معينة اعتبر إجباره لا وكالة (السين ١٢/٣٠-١٨٩٣-لوا ١٨٩٤/٢/٨^(١))

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

إذا كان المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار باسمه هو رب الأسرة وكان استجاره السكن ليقيم فيه مع أفراد أسرته قياماً منه بواجبات أدبية تجاههم وهى واجبات ذات طابع خاص وقابلة للتغير والتبدل، لا يعنى اعتبار هؤلاء الأفراد مستأجرين أصليين مثله ، إذ لا توجد فى هذه الصورة نيابة حقيقية، فإن الأمر يختلف إذا أثبت قيام هذه النيابة بين المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار باسمه وبين آخرين، حتى لو كانت النيابة مستترة على المجرر وكانت لا تلزم هذا الأخير ، إذ أن الوكالة المستترة ترتب فى العلاقة بين الموكل والوكيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة، ولا يكون الوضع فى هذه الحالة مجرد واجبات أدبية على عاتق الوكيل بل التزامات قانونية منشؤها عقد الوكالة . لما كان ذلك وكان المجرر غير مختصم فى الدعوى ، وكانت الورقة العرفية الموجهة .. والمنسوب صدورها إلى.. الذى أبرم عقد الإيجار باسمه تتضمن إقراره بأن جميع منقولات شقة النزاع ملك له ولأخويه "الطاعن الأول" حيث قاموا بتأنيثها بالتعاون سواً منذ أكثر من عشر سنوات وإن عقد الإيجار كتب باسمه باعتباره الأخ الأكبر، فإن ذلك يعنى أنه إما كان نائباً عن أخويه المذكورين فى بيع استجار الشقة ولهما يمتدان مستأجرين أصليين لها وإن هذا الإقرار يرتب التزامات قانونية وليس مجرد واجب أدبى . و إذ كانت الورقة التى يتضمنها هذا الإقرار مذيلة بتوقيع منسوب إلى..... وكانت زوجته الطعون ضدها خلفاً عاماً له فإنها تكون حجة عليها بما دون فيها " .

(طعن رقم ٨١٠ لسنة ٥٢ قى جلسة ١٩٨٣/٦/٢٠)

٥- الوكالة والعمل :

عرفت المادة ٦٧٤ مدني عقد العمل بأنه هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وواضح من تعريف المادة لعقد العمل أن هناك عنصرين أساسيين يجب توافرها في عقد العمل ، هما عنصر التبعية أى تبعية العامل لرب العمل ، وعنصر الأجر . ولما كان الأجر يدخل كعنصر في بعض العقود الأخرى، فإن عنصر التبعية يكون هو في الواقع ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود الأخرى ومنها الوكالة .

والرأى الراجح في الفقه والمستقر عليه قضاء ، أن معيار التمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة هو توافر عنصر التبعية فإذا كان المتعاقد معه خاضعاً لإشراف ورقابة رب العمل كان العقد عقد عمل ، بصرف النظر عن طبيعة العمل قانونياً أو مادياً ، أما إذا كان العقد محله عمل قانوني مأجور وكان المكلف به يقوم بأدائه مستقلاً دون الخضوع لرقابة وإشراف من يتم العمل لحسابه كان العقد وكالة^(١).

(١) حسن كبره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص ٦٥ وما بعدها - المستشار أحمد شوقي المليجي الوسيط في التشريعات الاجتماعية الكتاب الأول في قانون العمل طبعة بمجلة القضاة ص ٦٩ - محمد علي عمران الوسيط في شرح قانون العمل الجديد ١٩٨٣ / ١٩٨٤ ص ١٨ وما بعدها - الدكتور عبد الوود يحيى شرح قانون العمل ص ١٣٩ - الدكتور حلمي مراد قانون العمل والتأمينات الاجتماعية الطبعة الخامسة ١٩٦٥ ص ٢٤٢ - المستشار أنور العمروسي قضاء العمال الطبعة الثانية ١٩٨١ / ١٩٨٢ ص ٣٢٥.

وقد ظهرت في الفقه آراء أخرى - مرجوحة - للتمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة ، ومن هذه الآراء ما قيل في ظل القانون الروماني من أن التفرقة تقوم على أساس أن الوكالة تبرعية بينما العمل مأجوراً ، وقد كان لهذا الرأي ما يسير به وقتئذ ، أما وقد أصبحت الوكالة في العصر الحديث أيضاً مأجورة فقد أضحى هذا المعيار غير صالح للتفرقة بين العقدين .

وذهب رأى ثان إلى التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس طبيعة العمل نفسه ، فإذا كان العمل تصرفاً قانونياً فإن العقد يكون عقد وكالة إذ أن الوكالة لا تتصور إلا بالنسبة للأعمال القانونية ، أما إذا كان العمل المطلوب عملاً مادياً فإن العقد لا يكون عقد وكالة ولكنه يكون عقد عمل (الدكتور محمود جمال الدين زكي عقد العمل في القانون المصري الطبعة الثانية ١٩٨٢ ص ٥٣٢ وما بعدها) - إلا أن هذا المعيار غير دقيق ، إذ يغلب في الواقع قيام بعض العمال بتصرفات قانونية لحساب رب العمل دون أن ينقلوا إلى وكلاء كونهم يقومون بتصرفات قانونية كالحادام الذي يقوم يومياً بشراء لوازم الأسرة ، كما أن الوكالة وإن كانت لا تكون إلا في الأعمال القانونية ، فإن عقد العمل لا يشترط أبداً فيه أن يكون العمل الذي يكلف العامل به عملاً مادياً ، لأن محل عقد العمل يصبح أن يكون عملاً قانونياً أو مادياً (محمد عمران الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد ١٩٨٣/١٩٨٤ ص ٦٢ - حسن كبره ص أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٦٩ ص ١٤٨ وما بعدها) .

وذهب رأى ثالث إلى إقامة التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس شكل الأجر ، تأسيساً على أن الأجر ثابت في عقد العمل ومتقلب في عقد الوكالة . وهذا المعيار غير منضبط فكثيراً ما يحصل العامل على أجره في صورة نسبة معينة معينة فيكون أجره متغيراً ومتفاوتاً تبعاً للظروف ، والوكيل قد يحصل على أجر أو أتعاب محددة أو ثابتة (حسن كبره ص ١٤٧) .

ويكفى لتوافر هذه التبعية ، توافر التبعية التنظيمية أو الإدارية ، التي تتحقق بخضوع العامل لصاحب العمل في شأن الظروف الخارجية التي يتم فيها تنفيذ العمل ، كتحديد أوقاته ومكانه ، وتقسيم العمل على العمال إذا تعددوا والتفتيش عليهم للتأكد من مراعاتهم للتعليمات الصادرة إليهم ، وتوقيع الجزاء على المخالف منهم .

ولا يشترط توافر التبعية الفنية التي تتحقق لصاحب العمل بالدراية الفنية الخاصة بالعمل الذي يؤديه .

ولا يعترض على هذا بأن الوكالة تتضمن علاقة تبعية بين الوكيل والموكل لأنها تفرض خضوع الأول للأوامر والتوجيهات التي تصدر له من الثاني ، ذلك أن الوكيل رغم خضوعه لهذه الأوامر والتوجيهات ، يحتفظ بحريته واستقلاله في قيامه بالمهمة الموكول إليه أداؤها . فالموكل لا يصدر إلا توجيهات عامة بخصوص هذه المهمة وهذا على خلاف ما هو مقرر في عقد العمل إذ يخضع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل لا من حيث الإشراف العام فقط ، وإنما من حيث التنفيذ كتحديد طريقة العمل وزمانه ومكانه ، بل إن العامل يتعرض لجزاءات تأديبية توقع عليه من صاحب العمل إذا أخل بأداء العمل على الوجه المطلوب^(١) .

وأظهر الصور التي يعتبر العقد فيها عقد عمل لا عقد وكالة - رغم تعلقه بتصرف قانوني - صورة محصلى الشركات وخاصة شركات المياه

(١) عبد السدود يحيى ص ١٣٩ - حسن كبره - راجع مؤلفنا موسوعة الفقه

والقضاء في شرح قانون العمل الجديد - المجلد الأول ص ٨٠٤ .

والغاز والكهرباء والنقل العام ، وصورة الباعة في المنشآت والمحال التجارية، فيعتبرون عمالاً لدى هذه الشركات والمنشآت لا وكلاء عنها رغم قيامهم بتصرفات قانونية لحسابها ، إذ أن تبعيتهم لها تبعية كاملة أو كبيرة مما يتناقى مع وصف الوكيل ومركزه^(١).

وعنصر التبعية هذا يتخذ معياراً أيضاً في إعطاء التكيف القانوني بالنسبة إلى بعض الطوائف الخاصة من العمال ، ومثل ذلك طائفة الوسطاء وهم الذين يتدخلون لعقد بعض الصفقات لحساب صاحب العمل ، ولهذا نصت المادة ٦٧٦ مدني بقولها " تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة بين أرباب الأعمال وبين الطوائف والممثلين التجاريين الجوايين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال ، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب الأعمال وخاضعين لرقابتهم " .

(١) حسن كبره ص ١٥٠ وما بعدها - وقارن حلمي مراد ص ٢٤٢ ، محمود جمال الدين زكي ٥٢٩ فريان أن هؤلاء لا يقومون بغير أعمال مادية ، وإن كانت في ظاهر الوضع تصرفات قانونية إذ ليس لهم في إبرام التصرف أو في وفاء الالتزامات الناشئة عنه إلا مساهمة مادية . وإذا كان عملهم على هذا النحو يلزم صاحب العمل فليس بمقتضى نظرية الوكالة بل لأن التصرف قد أبرم مع المحل التجارى الذى يعتبر العامل أحد عناصره .

وقد قضت محكمة النقض بشأن التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة بما يأتي :

١- " المناط في تكليف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته ، وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من التقنين المدني بقولها " عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " ، وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية ... إلخ " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢)

٢- " المناط في تكليف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة ٦٧٤ من القانون المدني بقولها ... وما تقضى به المادة ٤٢ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ... وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية ... وكان الحكم المطعون فيه قضى بأن علاقة الطرفين هي علاقة وكالة وليس علاقة عمل واطرح مستندات الطاعن تأسيسا على عدم صدور قرار بتعيينه في وظيفة ذات فئة مالية محددة ، وهو ما لا يكفي بذاته سنداً لإسباغ صفة الوكيل على الطاعن ولا يصلح لبيان سبب مخالفة الحكم الابتدائي في قضائه وليس

من شأنه أن ينفي علاقة العمل التي يدعيها الطاعن ومن ثم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ومشوباً بالقصور والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٨٩٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢١ - غير منشور)
كما قضت محكمة النقض بأن مدير شركة التوصية بالأسهم وكيل عنها وليس عاملاً لديها .

إذ قضت بتاريخ ١٩٧٦/٦/١ في الطعن رقم ٤٨ لسنة ٤٠ ق بأن :
" أفرد القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الشركات ، الباب الأول منه لشركات المساهمة ويضم المواد من ١ إلى ٥٤ وأفرد الفصل الأول من الباب الثاني لشركات التوصية بالأسهم ويشمل المواد من ٥٥ إلى ٦٢ إذ اكتفى في شأنها بالإحالة في أغلب الأحوال إلى الأحكام العامة لشركات المساهمة فنصت المادة ٥٥ منه على أنه " فيما عدا أحكام المواد ٢ وما بعدها من الفصل الأول من الباب الأول و ١١ والفقرة الثانية من المادة ٢١ و ٢٧ و ٢٨ و ٣١ و ٣٣ والفقرة الثانية من المادة ٢٤ تسرى على شركات التوصية بالأسهم سائر أحكام هذا القانون مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في هذا الفصل " مما مقتضاه أن المشرع أجرى على شركات التوصية بالأسهم أحكام شركات المساهمة إلا ما استثنى بنص خاص وعلى سبيل الحصر مما تقتضيه طبيعة شركات التوصية بالأسهم ، وعلى ذلك يخضع مدير شركة التوصية بالأسهم لذات الأحكام الخاصة بعضو مجلس إدارة شركة المساهمة عدا ما استثنى صراحة في المادة ٥٥ السالف ذكرها ومن

ثم يسرى في شأنه نص المادة ٢٩ من هذا القانون ، ولما كانت المادة ٢٩ من القانون المذكور معدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٨ تنص على أنه " لا يجوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته نائبا عن الغير أن يجمع بين عضوية مجالس إدارة أكثر من شركتين من شركات المساهمة التي يسرى عليها هذا القانون ، وتبطل عضوية من يخالف هذا الحكم في المجالس التي تزيد على النصاب المقرر وفقا لحدائته تعيينه فيها " وكان القرار الجمهوري بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٦١ المعمول به اعتبارا من ١٢/٨/١٩٦١ ينص في المادة الثالثة منه على أنه " لا يجوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته نائبا عن الغير أن يجمع بين عضوية مجلس إدارة أكثر من شركة واحدة من الشركات المساهمة " وفي المادة الرابعة على أنه " يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القرار بقانون " . فإن المادة الثالثة المذكورة تعتبر ناسخة للمادة ٢٩ المشار إليها وتسرى طبقا لما تقدم على مدير شركة التوصية بالأسهم ، فلا يجوز أن يكون في نفس الوقت عضوا بمجلس إدارة شركة مساهمة وذلك حتى تتاح للعضو فرصة إحكام عمله في الشركة وإفصاح بحال العمل للأكفاء القادرين ، لا يغير من هذا النظر أنه ورد بعنوان القرار بقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٦١ أنه خاص بتشكيل مجالس إدارة شركات المساهمة ، إذ لا يجوز التحدى بعنوانات القوانين بل المعمول عليه هو نصوص القوانين ذاتها . ولما كانت المادة ٣/١١٠ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ تنص على أنه " تبطل عضوية من يخالف الأحكام المتقدم ذكرها في المجالس التي تزيد على النصاب المقرر وفقا لحدائته تعيينه

فيها ويلزم بأن يؤدي ما يكون قد قبضه في مقابل العضوية الباطلة لخزانة الدولة" وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر بأنه يجوز أن يجمع المطعون عليه بين مدير إدارة شركة التوصية بالأسهم وعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة وبعدم بطلان عضويته في الشركة الأخيرة وقضى برفض الدعوى المرفوعة بإلزامه برد ما قبضه مقابل هذه العضوية الباطلة ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" .

(ب) - "لما كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه - بجواز جمع المطعون عليه بين إدارة شركة التوصية بالأسهم وعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة - إلى أن الشركة المساهمة أذنت له بأن يقوم إلى جانب عمله بها بتصفية التزاماته لشركة التوصية بالأسهم ووافقت المؤسسة التي تتبعها الشركة الأولى على هذا القرار ، وذلك عملاً بما نصت عليه المادة ٣٠ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٥٨ من أنه لا يجوز لعضو مجلس إدارة شركة المساهمة أن يقوم بصفة دائمة بأى عمل فنى أو إدارى بأية صورة كانت في شركة مساهمة أخرى إلا بترخيص من رئيس الجمهورية وقد أصبح هذا الترخيص طبقاً للمادة ٢٩ من قانون المؤسسات العامة رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ من اختصاص مجلس إدارة المؤسسة بالنسبة للشركات المساهمة التي تشرف عليها ، كما استند الحكم إلى أن لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بالقرار الجمهورى رقم ٣٥٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتمييز لرئيس مجلس إدارة الشركة في المادة ٥٢/ب أن يأذن للعامل أن

يؤدى أعمالا بأجر أو بدون أجر في غير أوقات العمل الرسمية ، وكان لا محل لاستناد الحكم إلى ما تقدم ، ذلك أن المادة ٥٦ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ السالف ذكره إذ تنص على أن " يعهد بإدارة شركة التوصية بالأسهم إلى شريك متضامن أو أكثر ويعين عقد تأسيس الشركة ونظامها أسماء من يعهد إليهم بالإدارة وسلطاتهم فيها " وكان مفاد هذا النص هو أن مدير شركة التوصية بالأسهم ليس أجنبيا عن الشركة إنما هو أحد الشركاء المتضامين ويجب ذكر اسمه في عقد تأسيس الشركة ونظامها وأنه وكيل عنها وليس عاملا لديها ، ومن ثم فإن الترخيص والإذن سالفى الذكر إنما ينصرفان إلى التصريح بالقيام بأعمال فنية أو إدارية لدى شركة مساهمة أخرى أو بالعمل لدى رب عمل آخر لا إلى القيام بإدارة شركة توصية بالأسهم " .

كما قضت محكمة النقض بأن :

"لصاحب العمل أن يعهد إلى أحد عماله بإبرام تصرفات قانونية لحسابه إلى جانب ما يباشره من أعمال مادية أو فنية أخرى فيجمع بذلك بين صفته كأجير وصفته كوكيل متميزة كانت كل منهما عن الأخرى أو مختلفة وهو ما يتعين استظهاره والتحقق منه لإمكان تكييف العلاقة القانونية بين الطرفين . وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه كيف العلاقة بين طرفي الخصومة على أنها وكالة لا عقد عمل استنادا إلى توكيلات عامة صرح فيها الموكل (صاحب العمل) للوكيل (العامل) بمحضور المزايدات الرسمية وغير الرسمية والتزايد عنه فيها والشراء باسمه سواء بالنسبة للأطيان الزراعية أو العقارات أو المنقولات ودفع ثمنها وإدارة كافة

أَمْلاكه من الأَطْيَان والعقارات وإجراء كل ما يلزم لذلك وبيع المحصولات وقبض ثمنها وغير ذلك وشراء الأَطْيَان والعقارات والمنقولات لحسابه ودفع ثمنها حسب ما يراه . ورتب على ذلك " استبعاد تكييف العلاقة بين الطرفين بأنها علاقة عمل " بينما هي تقارير قاصرة ليس من شأنها أن تنفي علاقة العمل التي يدعيها الطاعن ويقيم عليها دعواه فإنه يكون قاصرا في أسبابه متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/٢/٢٤)

٦- الوكالة والمقاول :

عرفت المادة ٦٤٦ مدني عقد المقاوله بقولها : " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " .

ويجوز أن يقتصر المقاول على التمتع بتقدم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله ، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقدم العمل والمادة معا (م ٦٤٧ مدني) .

وعلى ذلك فإن الوكالة والمقاوله يتفقان في أن كلا منها عقد يرد على العمل ، وأن هذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير ، ولكنهما يختلفان في أن العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاوله عمل مادي .

والعبرة في تكييف العقد بأنه وكالة أو مقالة بما تضمنه العقد من نصوص ، ويتولى قاضى الموضوع تكييف العقد ، ولحكمة النقض مراقبة هذا التكييف .

وهي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " العبرة في تكييف العقد ، والتعريف على حقيقة مرماه ، وتحديد حقوق الطرفين فيه هي بما حواه من نصوص ، ولحكمة النقض أن تراقب تكييف محكمة الموضوع للعقد " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٩)

(ب) - " عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المقالة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يودى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر . وإذا كان يبين مما تم الاتفاق عليه في العقد - موضوع الدعوى الأصلية والفرعية - أن الطرفين قد أفرغا فيهما جميع عناصر عقد المقالة ، إذ وقع التراضى بينهما على الشئ المطلوب من المطعون عليه صنعه ، وهو إقامة المبنى والأجر الذى تعهد به الطاعنان بوصفهما رب عمل ، ولم يرد بأى منهما ما يدل على قيام المطعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين ، أو بوصفه تابعا لهما أو نائبا عنهما وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام به في كلا العقدين لم يتجاوز العمل المادى . وهو محل المقالة ، في حين أن محل الوكالة هو دائما تصرف قانونى - على ما أفصحت عنه المادة ٦٩٩ من القانون المدنى - فإنه لا يصح اعتبار العقدين سالفى الذكر عقدي وكالة ، ولا يغير من ذلك كون الطرفين

بملكان العقار على الشيوع ، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدين ، وأن تضافى على المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصهما فى أن نية الطرفين قد اتجهت إلى إبرام عقدى مقالة . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وكيف العقدين بأنهما عقدا وكالة ، وأقام قضاءه فى الدعويين الأصلية والفرعية على هذا الأساس ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٧ فى جلسة ١٩٧٢/٣/٩)

ومن العقود التى تلتبس فيها الوكالة بالمقالة ، العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامى والمهندس المعمارى وقد حاول بعض الشراح أن يخرج هذه العقود باعتبارها واردة على عمل ذهنى ، من نطاق عقود العمل وإقحامها فى نطاق الوكالة ، بدعوى الترفع بهذه الأعمال عن أن تكون محلا للاستعجار ، وتنزيه القائمين بها من الهبوط إلى مستوى المحترفين للأعمال المادية . على أن هذا رأى لم يجد رواجاً فى الفقه ولا فى القضاء . فليس ثمة ما يدعو إلى اعتبار الوكالة أسمى من عقد العمل ، لاسيما بعد أن أصبح الأصل أن يشترط الوكيل أجراً عن وكالته فصار كمن يؤجر خدماته سواء بسواء . أضف إلى ذلك أن الوكالة تقتضى النيابة ولا مجال هنا للنياية^(١) .

وفى الواقع أن عمل بعض أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس المعمارى هو عمل مادى وإن تميز بأنه عمل ذهنى ، فتكون العقود المبرمة معها مقالة .

(١) محمد على عرفه ص ٣٤٩ وما بعدها .

والعقد مع المحامي يخلط بين الوكالة والمقاولة وتغلب فيه الوكالة ،
فيعد المحامي وكيلاً^(١).

غير أنه إذا كان عمل المحامي قاصراً على إعطاء المشورة القانونية فإنه
يكون عقد مقاولة .

وأمين التفليسة يعتبر وكيلاً عن المفلس وعن جماعة الدائنين .

(١) السهورى ص ٤٧٣ - أكتّم الخولى ص ١٩٦ - وقد جاء بمذكرة المشروع
التمهيدى أن التعاقد مع الطبيب أو المهندس محل عمل ماذى ولا يكون وكالة
إذ جرت على أن : أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملاً مادياً ،
فالعقد لا يكون وكالة بل يكون عقد عمل . فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية
جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلاً (مجموعة الأعمال
التحضيرية جـ ٥ ص ١٩١).

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ٩٣٥ الخاصة
بأصحاب المهن الحرة والتي حذفته أنه : " واقع أن مركز أصحاب المهن الحرة
يختلف عن غيرهم ، ولا تنطبق قواعد عقد العمل عليهم إلا مع شئ من المرونة
حتى تتسجم مع ظروفهم الخاصة .

وقد راعت معظم التقنيات ذلك ، فأوردت بعض القواعد الخاصة بطوائف
معينة من ذوى المهن الحرة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١١٣
وما بعدها) .

والنظر إلى هذه العقود كمقود عمل أصلاً غير ملائم لأن عقد العمل يتميز
بمخضوع العامل لإشراف رب العمل وأن هنا ما يميز عقد العمل عن عقد
المقاولة (أكتّم الخولى ص ١٩٦ هامش ٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن وكيل الدائنين وإن اعتبر وكيلا عن جماعة الدائنين في إدارة أموال التفليسة وتصفيتها ، فإنه يعتبر وكيلا أيضا عن المفلس ، يحق له رفع الدعاوى للمطالبة بحقوقه والطعن على الأحكام الصادرة ضده قبل شهر الإفلاس وتلقى الطعون على الأحكام الصادرة لصالحه ، مما مفاده أن هذه الأحكام تكون حجة قبله " .

(طعن رقم ٤١٣ ، ٤٣٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٥)

ويعتبر وكيلا لا مقاولا أيضا ، مصفى الشركة في أثناء التصفية .

أما الخبراء والمحكمون فهم مقاولون وليس وكلاء .

وأمين النقل مقاول في الأصل لا وكيل ، ولكن قد يعهد إليه بتصرفات قانونية كالتأمين على البضاعة وإبداءها في مخزن وقبض ثمنها ففي هذه التصرفات يعتبر وكيلا لا مقاولا^(١) .

(أركان الوكالة)

٢١٧ - تعداد :

الوكالة عقد كسائر العقود ، فيجب أن تتوافر فيها الأركان الواجب توافرها في جميع العقود ، وهي الرضا والمحل والسبب .
ونعرض لهذه الأركان بالتفصيل فيما يأتي .

(١) السنهوري ص ٤٧٢ .

موضوع رقم (٢٣)

(الرضاء في عقد الوكالة)

٢١٨- توافق الإيجاب والقبول :

الوكالة عقد رضائي لا يختص بأحكام استثنائية من القواعد العامة في التراضي .

فيجب لانعقاد الوكالة توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة ، فيتم التراضي بين الموكل والوكيل على ماهية العقد والتصرف القانوني أو التصرفات القانونية التي يقوم بها الوكيل والأجر الذي يتقاضاه إن كان هناك أجر . ويكون كل ذلك خاضعا للقواعد العامة المقررة في نظرية العقد^(١).

والرضاء بالوكالة يجوز أن يكون ضمنيا - كما سنرى - بل يصح ألا يصدر رضاء من الموكل أصلا ومع ذلك ينصرف إليه أثر التصرف الذي عقده الوكيل كما في حالة الوكالة الظاهرة وفي مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التوكيل عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل ، فإذا لم يثبت هذا القبول من إجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانونا انتفت الوكالة ولم يسبق إلا مجرد إيجاب بها من الموكل ولم تقترب بقبول من الوكيل ، وإذن فمضى كان المطعون عليهم قد دفعوا بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا لرفعه بعد الميعاد القانوني ، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص

(١) السنهوري ص ٤٩٠ وما بعدها .

الذى وجه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلا عنه لأن الوكالة لم تنعقد إطلاقا لانعدام قبول الوكيل ، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفيد هذا القبول ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلا على اعتبار الوكالة قائمة لمجرد صدور التوكيل الرسمي من جانب الطاعن دون أن يحفل بتحقيق دفاعه ، فإن هذا الحكم يكون معيبا بمخالفة القانون والقصور في التسبيب مما يطله ويستوجب نقضه".

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٦/٢٤)

٢- "الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريقة النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير وحسابه بحيث تنصرف آثاره إليه وفي غير الأحوال التي نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فلئها تقوم أساسا باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما - وهو النائب - محل الآخر - وهو الأصيل في إجراء العمل القانوني الذي يتم لحسابه - وتقتضى - تلك النيابة الاتفاقية ممثلة في عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها - الأصيل والنائب - على عناصر الوكالة وحدودها ، وهو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمنا بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائبا عن الموكل وتنصرف آثاره إليه . وتضع العلاقة - بين الموكل والوكيل في هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة " .

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

ويصح أن تكون الوكالة معلقة على شرط واقف أو فاسخ، أو أن تكون مضافة إلى أجل واقف أو فاسخ .

٢١٩ - الوكالة الضمنية :

الوكالة كسائر العقود الرضائية يمكن أن تنعقد بالرضاء الضمني فلا يلزم حتما التصريح بالرضاء بهما كتابة أو شفاهة ، سواء من جانب الموكل أو من جانب الوكيل .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدق يتضمن نصاً برقم ٩٧٣ يجرى على أنه : "١- يجوز أن يكون قبول الوكيل ضمنيا ، كما لو قام بتنفيذ الوكالة .

٢- وتعد الوكالة مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل في مهنة الوكيل ، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها ، هذا ما لم يرد الوكالة في الحال " .
وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى : " ولما كانت الوكالة عقدا ، وجب أن يرضى بها كل من الوكيل والموكل وأكثر ما يكون رضاء الموكل بالوكالة إيجابا ورضاء الوكيل قبولا . وقبول الوكيل قد يكون صريحا أو ضمنيا .

ويعتبر قبولا ضمنيا من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة . وهذا تطبيق للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة ١٤٣ من المشروع . كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنته ، كما هو الأمر في المحامى والوكيل بالعمولة (أنظر ١٤٢ من المشروع) ، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها (أنظر م ١٣٦ من المشروع)^(١) - إلا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٨٧ هامش (١) - ص ١٩١ .

أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لعدم ضرورته أى اكتفاء بالقواعد العامة . وطالما أن النص المحذوف سالف الذكر هو تطبيق للقواعد العامة ، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه . وهذا النص يضع ثلاثة أمثلة لقبول الوكيل الوكالة قبولا ضمينيا هي :

١- أن يقوم الوكيل بتنفيذ الوكالة : وهذا الفرض هو ما يحدث غالبا في العمل فالموكل يحرر التوكيل عادة ويوقعه وحده ويسلمه إلى الوكيل ، فإن قبل هذا الوكالة فإنه لا يوقع الورقة مع الموكل، بل يعتمد إلى تنفيذ الوكالة، ومن ثم يكون قد قبل الوكالة قبولا ضمينيا .

٢- أن تكون الوكالة متعلقة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل : كما إذا وكل شخص محاميا للدفاع عنه ، أو تقدم شخص للتعامل مع وكيل بالعمولة ، فإن المحامي والوكيل بالعمولة يكونان قد قبلا الوكالة ضمنا، إلا إذا ردا هذه الوكالة في الحال .

وهذا يعد تطبيقا لما تنص عليه المادة ٩٨ من التقنين المدني من أنه : "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ليتنظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب " .

٣- إذا عرض شخص خدماته علنا على الجمهور في شأن الوكالة: كما إذا أعلن شخص أنه مستعد لأن يكون وكلا عن مصابين في حادث سيارة للمطالبة بحقوقهم من شركات التأمين فيقدم إليه أحد المصابين، فإن وكالته له تعدد مقبولة ما لم ترد في الحال . وليس هذا إلا تطبيقا لمبدأ الدعوة إلى التعاقد التي توجه إلى الجمهور فإذا استجاب

شخص إليها كان هذا إيجاباً منه ، فإذا سكّت من وجه إليه الإيجاب ولم يردّه في الحال كان قبولا ضمنيا^(١).

وفي جميع الأحوال لا تتجزأ الوكالة المعروضة على الوكيل ، فإذا قبل هذا قبولا ضمنيا جزئاً من الوكالة اعتبر أنه قبل الأجزاء الأخرى ، ويكون مخلاً بالتزامه إذا لم ينفذ جميع ما اشتملت عليه الوكالة^(٢).

وتأكيداً لفكرة الوكالة الضمنية قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان البين من قرارات الحكّمين الابتدائي والاستئنافي أن الطاعنين ذهبوا إلى أن المطعون عليه الثانى كان وكيلًا عن والدته الحارسة القانونية السابقة التي كان لها حق التأجير ، ولها أجازت تعاقدّه معها منذ إبرامه في سنة ١٩٦٧ وساقا قرائن عدة منها أن الموجر لما كان يعايش الحارسة حتى مماتها في سنة ١٩٧٢ وأنها تعلم بشغلها الحوانيت لإقامتها في ذات العقار الكائنة به ، وأنها لم تقم أى دعوى عليهما تطالب بإخلائهما ، وطلبا الإحالة إلى التحقيق لإثبات الوكالة وإجازتها للتعاقد . لما كان ما تقدم فإنه وإن كانت الإحالة إلى التحقيق من إطلاقات محكمة الموضوع ، إلا أنه يتعين أن يكون رفض الاستجابة لهذا الطلب قائما على أسباب مبررة تكفى لحمل قضائها ، والرد على القرائن التي تذرّع الخصوم بها . لما كان ما سلف ، وكان الحكم المطعون فيه جعل عمدته في قضائه أنه لم يرد بعقد الإيجار ما يشير إلى تعاقد الموجر بصفته وكيلًا عن الحارسة السالفة ورتب على ذلك أنه لا محل لإثبات الوكالة أو الإجارة ، وكان هذا القول من الحكم لا يواجه دعوى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية العقد والإرادة المنفردة ص ١٢٥ .

(٢) السنهوري ص ٤٩٦ .

الطاعين ولا يحسم القول في شأن ما يدعيانه ، فإنه في قعوده عن تمحيص دفاع الطاعين رغم جوهريته يصمه بمخالفة القانون علاوة على القصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٢٢٠- صورتان للوكالة الضمنية في إجراءات التقاضى :

(أ) - إذا رفعت الدعوى من النائب القانونى لعدم الأهلية أو ناقصها ، وفى أثناء سير الدعوى زال سبب انعدام الأهلية أو نقصها ، ومع ذلك استمر النائب القانونى فى الحضور بالدعوى ، فإن حضوره يكون منتجا لآثاره القانونية ، لأنه بزوال سبب انعدام الأهلية أو نقصها يكون قد علم بالدعوى بواسطة نائبه ورضى بحضور هذا النائب عنه ، وتقلب بالتالى نيابته عنه إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت نيابة قانونية ولما كان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه ، ولا ينقض ما تم على يديه ، فإنه يجوز للخصم اختصاص النائب القانونى فى الطعن الذى يرفع عن الحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٣٩٤ من قانون المرافعات على أن ينقطع سير الخصومة بحكم القانون ب وفاة أحد الخصوم أو بفقد أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين ومفاد ذلك أن مجرد وفاة الخصم أو فقده أهلية الخصومة يترتب عليه لذاته انقطاع سير الخصومة . أما بلوغ الخصم سن الرشد فإنه لا يودى بذاته إلى انقطاع سير الخصومة وإنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر ومتى كان الثابت أن الطاعن قد اختصم اختصاصا صحيحا فى الاستئناف ممثلا فى والده باعتباره

ولياً شرعياً عليه فإن الاستئناف يكون قد رفع صحيحاً ويعتبر الطاعن عالماً به فإذا بلغ سن الرشد أثناء سير الاستئناف ولم يبنه هو ولا والده المحكمة إلى التغير الذى طرأ على حالته وترك والده يحضر عنه بعد البلوغ إلى أن صدر الحكم فى الاستئناف فإن حضور هذا الوالد يكون فى هذه الحالة بقبول الإبن ورضائه فتظل صفة الوالد قائمة فى تمثيل ابنه فى الخصومة بعد بلوغه سن الرشد وبالتالي ينتج هذا التمثيل كل آثاره القانونية ولا ينقطع به سير الخصومة لأنه إنما ينقطع بزوال صفة النائب فى تمثيل الأصل وهى لم تنزل فى هذه الحالة بل تغيرت فقط فبعد أن كانت نيابته عنه قانونية أصبحت اتفاقية .

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠)

٢- " إذا كان المدعى قد مثل فى الدعوى تمثيلاً صحيحاً وقت رفعها ابتداء بواسطة والدته بوصفها وصية عليه ، فإن بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوى - إذا لم تنبه المحكمة إليه- لا يكون من شأنه أن يحول دون اعتبار حضور والدته عنه حتى صدور الحكم فى الدعوى - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - حضوراً منتجاً لآثاره القانونية ، ذلك أنه ببلوغه سن الرشد يكون قد علم بالدعوى بواسطة والدته التى كانت وصية عليه ورضى باعتبار صفة والدته فى تمثيله لازالت قائمة على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابته عنه نيابة قانونية فإذا التزمت والدة المدعى موقف التجهيل بالحالة التى طرأت على ولدها ببلوغه سن الرشد إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائى فوجه المحكوم عليه استئنافه إليها بالصفة التى أقيمت بها الدعوى ابتداء ، وكان قد تمحّد بموجب الحكم الصادر من محكمة أول درجة أطراف الخصومة بالنسبة للاستئناف، وكان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه ، ولا أن

ينقض ما تم على يديه ، فإن اختصاص المستأنف ضده في الاستئناف ممثلاً بواسطة والدته يعد اختصاصاً صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية . وإذا استمرت والدته على موقف التجهيل أثناء سير الاستئناف فإن الحكم يصدر في هذا الاستئناف كما لو كان قد حضر المستأنف ضده بنفسه الخصومة فيه " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٣٢ جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)^(١)

٣- (أ) - " استمرار الوصى في تمثيل القاصر في الخصومة بعد انتهاء الوصاية عليه دون اعتراض منه وتبني المحكمة إلى زوال صفة ممثله يعتبر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه :

" إذا كان الثابت أن الدعوى رفعت ابتداء ضد القاصر في شخص الوصى عليه وصدر الحكم الابتدائي ضد الوصى بهذه الصفة ورفع الاستئناف باسمه وبصفته وصياً إلى أن تقدم وكيل القاصر عنه باعتباره قد بلغ الرشد في المرحلة الأخيرة من الدعوى الاستئنافية وضمن دفاعه عنه نفس الدفاع عن باقي المدعى عليهم فإن إغفال الحكم الإشارة إليه باعتباره قد بلغ سن الرشد في المرحلة الأخيرة من الدعوى الاستئنافية وضمن دفاعه عنه نفس الدفاع عن باقي المدعى عليهم فإن إغفال الحكم الإشارة إليه باعتباره مباشراً الخصومة بنفسه والاستمرار في إثبات اسم الوصى عليه لا يعتبر خطأً جسيماً يختص به وجه الحق في التعريف بشخص الخصم المذكور ولا يخل بدفاعه التي استمعت إليه المحكمة فعلاً بواسطة وكيله الذي كان موثقاً عن باقي المدعى عليهم . ذلك أنه متى كان النقص أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم ليس من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة المرددة في الدعوى فإنه لا يعتبر نقصاً أو خطأً جسيماً مما قصدت المادة ٣٤٩ من أفعالات أن ترتب عليه بطلان الحكم " .

(طعن رقم ٢٦٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٠)

صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية لأن تمثيله في هذه الحالة يستند إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت قانونية " .

(ب) - " يشترط للاحتجاج على الطاعن بزوال صفة من كانت تمثل المطعون عليهما ووجوب توجيه إجراءات الخصومة إلى كل منهما في شخصه أن يتوافر الدليل على علم الطاعن يقينا بالتغيير الذي طرأ على تلك الصفة ، لما كان ذلك وكان المطعون عليهما لم يقدم الدليل الحاسم على توفر ذلك العلم إلى ما قبل التقرير بالطعن بالنقض في الحكم الصادر لصالحهما والمطعون عليهما ممثلين فيها بصفتهما ، فإنه يصح اختصاصهما في هذا الطعن في شخص المطعون عليها بالصفة التي كانت تتصف بها في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٥٤ " أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٥/٣/١٢)
وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى أن تمثيل النائب القانوني للقاصر يصح ولو تغيب النائب عن حضور كل جلسات الدعوى طالما كان اختصاصه فيها صحيحاً .

إذ قُضتْ بأن :

" لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استمرار الولي في تمثيل القاصر في الخصومة بعد انتهاء ولايته عليه دون اعتراض منه أو تنبيه المحكمة إلى زوال صفة من يمثله يعتبر صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية لأن تمثيله في هذه الحالة يستند إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت قانونية ، ذلك أن المادة ١/١٣٠ من قانون المرافعات تنص على أن ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقد أهليته أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائين ، ومفاد ذلك أن مجرد وفاة الخصم أما فقد أهلية الخصومة يترتب عليه لذاته انقطاع سير الخصومة أما بلوغ

الخصم سن الرشد فإنه لا يؤدي بذاته إلى انقطاع سير الخصومة إنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر .

لما كان ما تقدم وكان الواقع في الدعوى أن المطعون عليها الأول اختصمت المطعون عليه الثاني أمام محكمة أول درجة عن نفسه وبصفته وليا طبيعيا على أولاده القصر ومن بينهم الطاعن الأول الذي بلغ سن الرشد أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية ، وإذ لم ينبه المطعون عليه الثاني أو الطاعن الأول بعد بلوغه سن الرشد - المحكمة إلى التغيير الذي طرأ على حالة هذا الأخير وحتى صدور الحكم في الدعوى فإن تمثيل المطعون عليه الثاني لابنه الطاعن الأول في الدعوى يكون بقبوله ورضائه ويبقى هذا التمثيل متتجا لكل آثاره القانونية ويكون الحكم الصادر في الدعوى كما لو كان القاصر مختصما بشخصه بعد بلوغه حتى ولو تغيب ممثله عن حضور كل جلسات الدعوى طالما كان اختصاصه فيها صحيحاً " .

(طعن رقم ٢٣٠٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢٨)

(ب) - سكوت الابن الذي بلغ سن الرشد عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه ، ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان القانون يشترط للمرافعة أمام القضاء وكالة خاصة حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدني ، واختص بها المشرع أشخاصا معينين واستلزم إثبات هذه الوكالة وفقا لأحكام قانون المحاماة ، تطبيقا لنص المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون المرافعات ، إلا أن

الوكالة الخاصة على هذه الصورة ليست شرطا لازما لرفع الدعوى إنيانا ببدء استعمال الحق في التقاضي ، باعتبار هذا الحق رخصة لكل فرد في الالتجاء إلى القضاء . بل يكون لمحكمة الموضوع في هذا الصدد أن تستخلص من المستندات المقدمة في الدعوى ومن القرائن ومن ظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية في رفع الدعوى إذ كان ذلك وكان دفع الطاعنين محل النعى قد أسس على انتفاء صفة والد المطعون ضده الأول في رفع الدعوى نيابة عنه بلوغه آنذاك سن الرشد ، واقتصر الدفع على ذلك فحسب - دون أن يمتد إلى الوكالة في الخصومة أمام القضاء، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من سكوت المطعون ضده الأول عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه . رغم بلوغه سن الرشد ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى توصلا إلى الحكم له بالطلبات المرفوعة بها موافقته ورضاءه عن إجراء رفع الدعوى الذي اتخذته والده نيابة عنه مما يدل على استناد الوالد في رفعها إلى قيام وكالة ضمنية بينهما فإن ماخلص إليه الحكم يكون سائغا ومؤدبا إلى النتيجة التي انتهى إليها دون مخالفة للقانون ، ومن ثم يعدو النعى بهذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٥ في جلسة ١٩٩٠/١/٤)

صور للوكالة الضمنية تقوم على صلة بين شخص وآخرين :

هناك بعض الصلات التي تنشأ بين الشخص وآخرين ، ينشأ عن بعضها وكالة ضمنية بينه وبينهم .

مما يدعوننا إلى التصدى إلى أهم هذه الحالات لأهميتها في التطبيق العملي .

٢٢١- (١) - وكالة الزوج لزوجته :

جرى الفقه على اعتبار الزوجة وكيلة عن زوجها الذى تساكته وكالة ضمنية فى شراء اللوازم الضرورية كالحاجيات المنزلية ، وما يلزم لكسوتها ونفقات علاجها وأطفالها وكسوتهم وتأجير المكان اللازم لسكنائها فى غيبة الزوج ، ونفقات تعليم الأطفال إلى غير ذلك من النفقات الضرورية التى لم يكن مفر للزوج من مواجهتها لو أنه كان حاضرا.

ويكون الزوج ملزما بأثمان المبيعات للزوجة بناء على افتراض توكيله إياها فى هذه الصدد .

وهذه الوكالة الضمنية تكون فى الشراء فى غير إسراف وفى حدود مقدرة الزوج على مواجهة هذه النفقات ، فلا يصح مطالبة الزوج بالنفقات التى تتجاوز ذلك ، لأن ذلك يعتبر من الزوجة تتجاوزا لحدود الوكالة يسأل عنه التاجر الذى كان فى وسعه أن يتحرى حالة الزوج قبل أن يجارى سرف الزوجة ورعونتها^(١) .

والزوج يملك إنهاء هذه الوكالة الضمنية إذا أخطر التجار الذين يتعامل معهم عادة بنسيئة فى الخروج على المألوف من الأزواج وعزمه على عدم التعهد بما تشتريه زوجته نسيئة منهم.

ولا تقوم الوكالة الضمنية إذا تركت الزوجة منزل الزوجية وكانت ناشزا ، أو كانت تقاضى نفقة من زوجها .

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٦ - الدكتور جمال مرسى بدر - النيابة فى التصرفات

أو إذا كانت المرأة خليله لا زوجة ، إلا إذا اشتهرت بأنها زوجة شرعية^(١) .

وتقوم الوكالة الضمنية للزوجة في أعمال التجارة إذا كانت تساعد زوجها في تجارته . وكذلك تقوم الوكالة الضمنية للأولاد القصر من أيهم فيما يشترونه من حاجيات يومية ، ولا تقوم الوكالة الضمنية بالنسبة للأولاد الذين بلغوا سن الرشد .

غير أن محكمة النقض لم تسلم بأن مجرد قيام رابطة الزوجية كافيا للتدليل على وجود هذه الوكالة من جانب الزوج ، وإنما يترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادتين ٣٣٢ ، ٣٣٣ من القانون المدنى أن الأصل فى الوفاء حتى يكون ميراثا لزمة المدين أن يكون للدائن أو لبنائه ، أما الوفاء لشخص غير هذين فلا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن الوفاء له أو عادت على الدائن من هذا الوفاء منفعة ويقدر تلك المنفعة أو كان هذا الشخص يحوز الدين ووفى له المدين بحسن نية معتقدا أنه الدائن الحقيقى . وإذا كانت وكالة الزوجة عن زوجها لا تستخلص ضمنا من مجرد قيام رابطة الزوجية . وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم المستأنف لأسبابه والذى اعتبر الإيداع الحاصل من المطعون عليه الأول لدى المطعون عليها الثانية وفاء لزوجها الطاعن بجزء من الثمن المستحق على المطعون عليه الأول استنادا إلى ورقة تقدم بها موقعة ببصمة إصبع المطعون عليها الثانية باستلامها مبلغ خمسمائة جنيه أمانة تحت الطلب ، وما قرره المطعون عليه

الأول وآخر كان العقد مودعا لديه من اعتبار المبلغ المودع لدى المطعون عليها الثانية بموجب تلك الورقة وفاء لزوجها الطاعن ، ودون أن يوضح سبيله إلى اعتبار هذا الإيداع وفاء ميرثا لذمة المطعون عليه الأول ، فإنه يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٣٩٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/١/١٩٩٨)

وبالترتيب على ذلك ، فإن القاضى يستخلص وجود هذه النيابة من عدمه في كل حالة على حدة طبقا لظروفها وملابساتها ، دون أن يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض طالما كان استدلاله معقولا ومستخلصا من المستندات المقدمة في الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى . وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه .

٢٢٢- (٢) - وكالة الزوجة لزوجها :

جرى القضاء في مصر على وجود نيابة ضمنية من الزوجة لزوجها في إدارة أملاكها وتصريف شئونها ، وقد تأثرت المحاكم في هذا ولاشك بما جرت به العادة في مصر من تسليم الزوجة دفعة أمورها إلى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها^(١) .

فقضت محكمة استئناف مصر فى ٢٢/٣/١٩٣٢ بأن :

" متى ثبت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معا ولم تعمل له توكيلا صريحا كتاييا بإدارة أموالها ولا يقبض ولا بصرف بل كان يجرى الأمر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلا عنها بوكالة ضمنية أو عرفية مفوضة تفويضا عاما إلى رأيه في كيفية استغلال أموالها وقبض ما يحل لها قبضه وصرفه " .

(ذات المسبدا أيضا استئناف الاسكندرية في ١٩٤٩/١٢/٣١ رقم ١٤٢ لسنة ٤ ق) .

إلا أن محكمة النقض ذهبت في قضائها إلى أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليل على إنابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يتم في وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الإنابة ، أى أنها أوجبت أنه يقوم عليها الدليل ، وتركت تقدير وجود هذه الوكالة الضمنية لتقدير القاضى على النحو الذى أوضحناه بالنسبة للزوجة .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى ثبت من حكم محكمة أول درجة الذى أخذ الحكم الاستئنافى بأسبابه أن الطاعة وإن اعترفت بأن الأشياء وردت لمنزلها الذى كانت تشيده إلا أنها تمسكت بأنها تخالفت مع زوجها الذى اشتراها وقدمت مخالصة بذلك فلم تحفل المحكمة بمناقشة هذا الدفاع واكتفت فى الحكم على الطاعة بما ثبت لديها من أن الأشياء المطالب بقيمتها قد وردت لمنزلها وكان الحكم الاستئنافى قد بنى مسؤولية الطاعن فيما أنشأه من أسباب على أن الزوج اشترى هذه الأشياء بوصفه وكيلًا عن زوجته وأن هذه الوكالة كانت ضمنية حسب ما جرى به العرف وأنه يكفى فى إثباتها مجرد قيام رابطة الزوجية . فإن الحكم المطعون فيه يكون قد عاره قصور مبطل فى خصوص قضائه بإلزام الطاعة بضمن الأشياء التى وردت لمنزلها إذا الحكم الصادر من محكمة أول درجة أغفل الفصل فى دفاع جوهرى أدلت به الطاعة ومن شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى كما أن حكم محكمة الاستئناف فيما حصله من أن تصرف

المطعون عليه الثاني بالشراء كان بوصفه وكيلًا عن زوجته الطاعنة وأن هذه الوكالة كانت وكالة ضمنية قد جاء قاصرا عن بيان الوقائع التي سوغت لديه القول بقيام هذه الوكالة وقت الشراء وبأن الزوج إذ اشترى إنما تعاقد بالنيابة عن زوجته ولا يغني عن التحقق من كلا الأمرين مجرد ثبوت علاقة الزوجية إذ هي وحدها غير كافية في هذا الصدد كما لا يغني عن ذلك ما قرره الحكم من قيام عرف على هذه الوكالة إذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر في هذا الخصوص .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٠ في جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

٢- " وكالة الزوج عن زوجته لا تستخلص ضمنا من مجرد قيام رابطة الزوجية " .

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٠ في جلسة ١٩٦٥/١١/٤)

٣- " ثبوت علاقة الزوجية لا يكفي بمجرده للقول بقيام وكالة ضمنية بين الزوج وزوجته " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ في جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٣٢٢ - (٣) - وكالة المخلوم للمستخدم :

تعتبر هناك وكالة ضمنية من المخلوم للمستخدم في الأعمال التي جرت العادة على قيام المستخدم بها نيابة على المخلوم .

فهناك وكالة للخادم صادرة ضمنا من سيده في شراء الحاجيات المنزلية نسيئة من التجار الذين اعتاد سيده أن يتعامل معهم على هذا النحو . بشرط أن يكون من عادة السيد أن يكلف الخادم بشراء هذه الحاجيات . فإذا كان من عادة السيد أن يتعامل مع التجار مباشرة ، أو

كان لا يتعامل معهم إلا نقدا ، فلا تقبل مطالبتهم بإياه بأثمان المبيعات لخدمته لأن ظروف تعامله معهم تنفى افتراض توكيله خادمه فى هذا الصدد ^(١).

ويعتبر فى حكم الخادم بواب العمارة إذا كانت تربطه بمخدمه علاقة وثقى تتسم بالخصوصية وتمكنه من الاطلاع على مكنون سره وخاصة أسرته فكان خادماله فى منزله أو انسحب عليه وصف الخادم حكما وغلبت عليه هذه الصفة .

فقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" مفاد نص المادة ٦٧٤ من القانون المدنى فى تعريفها لعقد العمل والمادة الثانية من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بشأن العمل فى تعريفها للعامل والمادة ٤/٢ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ فى شأن التأمينات الاجتماعية الذى حل محله القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ بنصها على عدم سريان أحكام هذا القانون على خدم المنازل ومن فى حكمهم - أن الخدم أيا من كانوا هم عمال سواء فى مدلول القانون المدنى أو فى مفهوم قانون العمل من حيث إنه تربطهم برب العمل تبعية قانونية قوامها الإشراف والرقابة . وعلى ذلك فاستثناء قانون التأمينات الاجتماعية عن خدم المنازل ومن فى حكمهم من تطبيق أحكامه ليس مرجعه انحسار العمالة عنهم ، لأن المستثنى بالضرورة من جنس المستثنى منه ، بل لقيام وصف خاص بهم هو أنه تربطهم بمخدمهم علاقة وثقى تتسم بالخصوصية وتمكنهم من الاطلاع على مكنون سرهم وخاصة أمرهم ، وهذه العلة فى الاستثناء

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٦ .

قد أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية المصاحبة للمرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ في شأن عقد العمل الفردى وهو من المصادر التشريعية لقانون العمل . والبواب خادم ، وهو بهذه المثابة عامل يجرى عليه حكم إلزام صاحب العمل بالتأمين عليه رجوعاً إلى حكم الواجب في أصل التشريع إلا إذا قامت به هذه الخصوصية فكان خادماً لصاحب العمارة في منزله ، أو انسحب عليه وصف خادم المنزل حكماً وغلبت عليه هذه الصفة فحينئذ يجرى عليه حكم الاستثناء الذى يؤخذ في تفسيره بالتضييق. ولا يقدح في هذا النظر ما نصت عليه (لائحة الخدامين) الصادرة بقرار وزير الداخلية في ٨ من نوفمبر سنة ١٩١٦ المعدلة من وجوب الحصول على ترخيص لكل من يرغب في ممارسة مهنة خادم أو أى مهنة أخرى مماثلة لها من المهن التى حددتها ومنها مهنة البواب ، ذلك لأن وجوب الترخيص محمول على مطلق الخدمة بينما الاستثناء من قانون التأمينات الاجتماعية محمول على خصوصية الخدمة في المنازل وحدها أو ما يجرى مجراها ويأخذ حكمها ، وأنه لا تعارض بين إلزام البواب بالحصول على ترخيص قبل ممارسة خدمته في قانون وبين حمايته بالتأمين عليه في قانون آخر ، فلكل من التشريعين مجاله وحكمه وحكمته فيما استنته وأوجبه. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ أطلق القول بإخراج بواب العمارة أياً ما كان مجال عمله من نطاق تطبيق نصوص قانون التأمينات الاجتماعية دون تفتن إلى المعاني القانونية المتقدمة ، ودون بيان لصلة بواب العمارة بالمطعون ضده ومدى الخصوصية في هذه الصلة ، والترجيح بينها وبين مباشرته العمل في العمارة المستغلة ، وكان الخطأ في القانون قد حجب المحكمة عن نظر موضوع

الدعوى ، وكان للقصور الصدارة على وجه الطعن بمخالفة القانون ، فإن حكمها يكون واجب النقض مع الإحالة " .

(طعن رقم ١١٨٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٧)

غير أن البواب لا يكون وكيلًا عن صاحب العمارة في قبض الأجرة من المستأجرين إلا إذا كان هناك تفويض له في ذلك .

وينوب عن الطبيب الممرض الذى يعمل في عيادته وعن المحامى وكيل مكسبه وينوب مستخدمو المحال التجارية عن صاحب المتجر فينوب مدير المحل عنه في علاقاته مع التجار الآخرين والبنوك والشركات .

ويوجد توكيل ضمنى من المالك لناظر العزبة في شراء كل ما يلزم لزراعتها من بذور ومواشى وأسمدة . وأن يتعاقد مع الغير على جلب الماء اللازم لريها وتأجير العمال اللازمين لجنى المحصول ، إلى غير ذلك من الأعمال التى تدخل في طبيعة عمله ، والتى يمكن افتراض توكيل المالك إياه في مباشرتها^(١) .

إلا أنه لا يجوز لناظر الزراعة التصرف أو الهبة ولو في صورة صلح وليس له حق التقاضى باسم الموكل^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن نفى صفة للموقع على إقرار التخالص ، يترتب عليها نفى صفة الوكالة الضمنية .

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٧ - السنهورى ص ٥٠١ - هامش (١) -

استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ - وعكس ذلك استئناف مصر في ١٩٣١/١/٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٩٣٢/٣/٢٢ - السنهورى ص ٥٠١ هامش (١) .

إذ قضت بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه قد نفى في حدود سلطته التقديرية وجود صفة للموقع على إقرار التخالص في النيابة عن المطعون عليه (الدائن) ، وكانت الوكالة الضمنية التي ادعى الطاعن (المدين) أمام محكمة أول درجة قيامها هي صورة من صور النيابة ، فإن الحكم بنفيه وجود النيابة في الإقرار بالتخالص يكون قد نفى قيام تلك الوكالة وبالتالي فلا يمكن معالجة المطعون عليه بالإقرار سالف الذكر " .

(طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٥)

٢٢٤- (٤) - **الوكالة الصادرة من الشركاء على الشيوع لشريك منهم في إدارة المال الشائع :**

تقضى المادة ٨٢٨ من التقنين المدني بأن :

" ١- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

٢- وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا .

٣- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم " .

وواضح أن الفقرة الثالثة من المادة اعتبرت أن هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء. ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتتعقد الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا أو تصرفا قانونيا تقتضيه الإدارة .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٨٢٨ من القانون المدنى على أنه ... "٣- إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم" يدل- وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى - على أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة ، أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ، مما موداه أنه إذا تعدد ملاك العين الموجهة فإنه يمكن لمن يملك منهم أغلبية الأنصبة فيها أن يطلب إنهاء الإيجار بوصفه من أعمال الإدارة " .

(طعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٥ فى جلسة ١٢/٥/١٩٧٩)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل أن إدارة الأموال الشائعة تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم. والمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام وكالة ضمنية من الشركاء لأحدهم فى إدارة المال

الشائع ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من انفراد الطاعة الأولى - دون باقى الورثة - بالتوقيع على عقدى الإيجار المورخين ... وقبضها وحدها للأجرة وإدائها للعقار الكائن به عين النزاع دون اعتراض من باقى الورثة دليلا على وكالتها الضمنية عنهم فإنه يكون قد أقيم على ما يحمله " .

(طعن رقم ٩٠٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٠)

٣- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن إدارة المال الشائع وفقا لنص المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدنى حق للشركاء على الشيوع مجتمعين ، ومع ذلك إذا تولى أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ، وأن الطعن فى المنازعات المتعلقة بتحديد أجرة الأماكن يعتبر من أعمال الإدارة ويحق لأى من الشركاء فى ملكية العقار القيام به مسنفدا ، ويعد فى هذه الحالة نائبا عن باقى الشركاء فى الطعن ، طالما أن أحدا منهم لم يعترض على هذا الإجراء " .

(طعن رقم ٧٩٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١٤)

٤- "..... المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم فإن مفاد ذلك أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء ، ومن ثم فلا يسرى التقادم فيما بين هؤلاء الآخرين باعتبارهم موكلين وبين ذلك الشريك طوال مدة قيام الوكالة وفقا لمصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون

المدنى، غير أن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى حساب بداية مدة التقادم في حق الطاعنين من تاريخ وفاة المورث الأصلي في سنة ١٩٤٦ وقضى تبعا لذلك بعدم سماع دعواهم وفقا لحكم المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ملتفتا عما أثاروه في دفاعهم سالف البيان ولم يرد عليه رغم أنه دفاع جوهرى لو صح قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد شابه قصور فى التسييب " .

(طعن رقم ٣٧١٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٤)

٢٢٥- (٥) - **الوكالة الصادرة للمحضر فى قبض الدين :**

توجد وكالة ضمنية صادرة من الدائن للمحضر فى قبض الدين من المدين الذى يعلنه وفى إعطائه مخالصة ، وذلك إذا أراد المدين أن يدفع للمحضر^(١).

٢٢٥ مكررا - هل يعتبر المستأجر نائباً نيابة ضمنية عن الساكنين له فى إبرام عقد الإيجار ؟

جرى فقه وقضاء الإيجارات منذ العمل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على اعتبار الأشخاص المقيمين بالمسكن منذ بدء العلاقة الإيجارية مستأجرين أصليين شأنهم شأن المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار تماما، تأسيسا على أن الشخص- فى الغالب- لا يستأجر المسكن لنفسه فحسب بل ولأفراد أسرته، ومن يرى هو أن يتكفل بسكنائهم ولو لم يكن ملزما بذلك قانونا. ويعتبر المستأجر فى هذه الحالة نائباً عن هؤلاء جميعا فى عقد

الإيجار وهم بالتالى مستأجرون أصليون مثله لأن العرف جرى على أن يستأجر الشخص لنفسه ولآله ولم يجر على أن يشترك معه في إبرام الإجارة جميع الأشخاص الذين يقيمون معه . وهذه النيابة تستفاد ضمنا من ظروف الحال فأساس اعتبار هؤلاء مستأجرين أصليين إذن هى نظرية النيابة الضمنية .

كما جرى الفقه والقضاء ، على اعتبار الأشخاص الذين يقيمون مع المستأجر في المستقبل مستأجرين أصليين أيضا ، مثل الزوجة المستقبلية والأولاد الذين سيرزق بهم ، لأن الشخص يستأجر لنفسه ولهؤلاء أيضا ، ويكون انصراف التأجير إليهم أساسه الاشتراط لمصلحة الغير ^(١).

غير أن محكمة النقض نبذت في أحكام عديدة حديثة لها ، الرأى الذى سار عليه الفقه والقضاء والذى يعتبر المقيمين مع المستأجر منذ بدء الإجارة مستأجرين أصليين مثله ، ويرر إقامتهم بالعين المؤجرة على أساس نيابة

(١) الدكتور سليمان مرقس شرح قانون إيجار الأماكن جـ ١ الطبعة السابعة ص ٧٢٣ وما بعدها - الدكتور عبد الناصر المطار في شرح أحكام الإيجار طبعة ١٩٧٠ ص ٤٩٦ وما بعدها - أبو الوفا في التعليق على النصوص الإجرائية طبعة ١٩٧٨ ص ١٧٧ - الأستاذ محمد عبد الرحيم عنتر قانون الإسكان الجديد طبعة ١٩٧٧ ص ١١٨ مصر الابتدائية ١٨/١٠/١٩٥٣ الدعوى ٤٦٠٤ لسنة ١٩٥٣ ، ٨/١٢/١٩٥٤ الدعوى ٥٥٦ لسنة ١٩٥٤ ، ٢٨/١٢/١٩٦٨ الدعوى ٣٦٣٥ لسنة ١٩٦٨ - جنوب القاهرة الابتدائية في ٢٦/١/١٩٧٨ الدعوى ١٠١٠ لسنة ١٩٧٧ - مستعجل الجزيرة في ١٤/٩/١٩٧٨ الدعوى ٩٧٦ لسنة ١٩٧٥ .

المستأجر عنهم في إبرام عقد الإيجار نيابة ضمنية ، ويرور إقامة الأشخاص المستقبلين على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

وذهبت المحكمة إلى أن هؤلاء الأشخاص لا يعتبرون مستأجرين أصليين، وعزت تمتعهم بالإقامة في العين المؤجرة إلى أن لعقد الإيجار طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يترأى له إسواؤهم ، وأن المستأجر يقوم نحوهم بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر .

فقد قطعت بتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٩ في الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٤ ق بأن :

١- " النص في المادة ١٥٢ من القانون المدني على أنه لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا يدل على أن مبدأ نسبية أثر العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع مما يقتضى أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين في الحدود التي بينها القانون، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقدية غير أنه يجوز الخروج على المبدأ السالف بإرادة طرفيه في شقة الإيجابي وهو إنشاء الحق دون شقة السلي وهو تقرير الالتزام ، بمعنى أنه ليس لطرفي العقد أن يرتبا باتفاقهما التزاما في ذمة الغير، وإن كان لهما أن يشترطا حقا لمصلحة ذلك الغير " .

٢- " لعقد الإيجار طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يترأى له إيواءهم وقد استهدفت التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن حماية شاغلي العين الموحرة من عسف الموحر وتمكينه والمقيمين معه من إقامة مستقرة في السكن إبان أزمة الإسكان ، وجعلت عقد إيجار تلك الأماكن ممتدا تلقائيا وبحكم القانون إلى غير مدة محددة طالما بقيت تلك التشريعات التي أملتتها اعتبارات النظام العام بحيث لا يجوز إخراج المقيمين إقامة مستدامة مع المستأجر بغير إرادتهم إلا بسبب من الأسباب التي حددتها تلك التشريعات على سبيل الحصر ، إلا أن ذلك لا ينفي نسبية أثر عقد الإيجار من حيث الأشخاص فلا يلتزم بها غير عاقديه الأصليين اللذين يأتمران بقانون العقد ، ومن حيث المضمون فلا يلزم العقد إلا بما تضمنه من التزام ، طالما بقي المستأجر الأصلي على قيد الحياة يسكن العين الموحرة ، لم يسرحها إلى مسكن آخر ، ولم ينسب إليه أنه تنازل عن حقه في الإيجار أو أجره من باطنه خلافا لما يفرضه عليه القانون . يؤيد هذا النظر الذي لم يرد به نص صريح في القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ أن المشرع في المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ثم في المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عني بتعيين المستفيد من مزية الامتداد القانوني بعد وفاة المستأجر الأصلي أو تركه العين بما يشير إلى أن المقيمين مع المستأجر الأصلي لا ترتب في ذمتهم التزامات قبل الموحر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي في السكن ، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد في التعامل مع الموحر، ولايسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذنا بأحكام النياية الضمنية ، انحرافا عن المبادئ العامة في نسبية أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل لأن هؤلاء ليسوا طبقا

للقانون أطرافاً في عقد الإيجار ولا تربطهم بالموجر أية علاقات تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم في بداية الإيجار أو بعده، وإنما تمتعهم بالإقامة في العين قياماً من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالموجر ، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تثير فكرة المجاز القانوني على أساس النيابة الضمنية. لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى أن عقد إيجار عين النزاع أبرم في ١٦/٩/١٩٦٧ بين الطاعنة وبين ابنتها التي كانت زوجاً للطاعن آنذاك، وأن الموجرة استصدرت حكماً في الدعوى رقم ١٠٩٧٧ لسنة ١٩٧٠ مدني مستعمل القاهرة قبل ابتهاج المستأجرة منها بطردها من العين الموجرة لتخلفها في سداد الأجرة من أول يناير سنة ١٩٦٨ ولتضمن عقد الإيجار الشرط الصريح الفاسخ ، وكان هذا الحكم قد نفذ بإخلاء المستأجرة وزوجها المطعون عليه الذي كان يقيم معها في ١٢/٤/١٩٧١ ، فإن ما خلص إليه الحكم المطعون فيه من أن المطعون عليه غير ملزم بأجرة شقة النزاع طالما أنه كان مقيماً مع المستأجرة الأصلية بسبب علاقة الزوجية التي كانت تربطهما خلال الفترة المطالب بأجرتها وطالما أنه لم ينفرد بشغل الشقة بأي سبيل بعد خروج المستأجرة الأصلية منها هو النتيجة التي تتفق والتطبيق الصحيح للقانون " .

(ذات المبدأ طعن رقم ٥٩٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ - طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦ - طعن رقم ٥١٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٤ - طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٢/٢/١ - طعن رقم ٩١٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٢/١٥ - طعن رقم ٧٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢١ - طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٨)

٣- " المقرر- في قضاء محكمة النقض - أن لعقد إيجار المسكن طابعاً عائلياً وجمعياً لا يتعاقد فيه المستأجر ليقم في المسكن بمفرده ، وإنما لينضم إليه أفراد أسرته ، ومن يترأى له إيواؤهم به ، وأن المساكنة تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المحددين بالمادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المضافة للمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م حقاً في البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرط أن يثبت حصولها منذ بدء الإيجار، ومادام أن إقامة هؤلاء المساكن لم تنقطع - فإنه يحق لهم الإفادة من الامتداد القانوني للعقد، وأنه وإن كانت محكمة الموضوع تستقل بتقدير حصول هذه المشاركة السكنية أو نفيها باعتبارها من مسائل الواقع التي تستخلصها المحكمة مما تطمئن إليه من أدلة الدعوى دون معقب عليها إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله ، وأن تكون قد واجهت كل دفاع جوهري يثيره الخصوم بما يقتضيه " .

(طعن رقم ٥١٦٩ لسنة ٦٢ ق ٣/٢٧/١٩٩٦)

٤- " المساكنة التي تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة المستأجر سواء كانوا من الأقارب الذي عدتهم م ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المضافة للمادة ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - أو من غيرهم. شرطه. وجوب إقامتهم فيها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع . توافرها للمساكن . أثره. حقه في البقاء في العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانوني بعد انتهائها دون استلزام إقامة المستأجر الأصلي فيها.

مصدر حقه في ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد في حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة .

(طعن رقم ١٧١٢ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٦)

٥- " عقد إيجار المسكن ذو طابع عائلي يتعاقد فيه المستأجر ليقيم فيه مع أفراد أسرته ومن يترأى له إيواؤهم " .

(طعن رقم ١٧٧٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٤)

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/٣/١٤)^(١)

٦- " المساكنة التي تنشئ للمتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة المستأجر سواء كانوا من الأقارب الذين عندتهم م ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المقابلة ٢١ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - أو من غيرهم . شرطه . إقامتهم فيها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع . توافرها للمساكن . أثره . حقه في البقاء في العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانوني بعد انتهائها دون استلزام إقامة المستأجر الأصلي فيها . مصدر حقه في ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد في حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة " .

(طعن رقم ٢٦٧٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/١/٣٠)

(١) راجع العطار في شرح أحكام الإيجار الطبعة الثانية ص ٥٣٨ - أبو الوفا في التعليق على النصوص الإجرائية طبعة ١٩٨٢ ص ٢٦٣ وما بعدها - محمد عبد المجيد مرعي في التعليق على نصوص قانون إيجار الأماكن طبعة ١٩٨٣ ص ٢١٩ - ولم يخالف محكمة النقض في هذا الاتجاه سوى الدكتور سليمان مرقس الذي كان أول من نادى بنظرية النياية الضمنية والاشتراط لمصلحة الغير (راجع مرقس ج ١ - طبعة ١٩٨٢ ص ٧١٣ وما بعدها) .

٧- " المساكنة التي تنشئ للمتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة المستأجر سواء كانوا من الأقارب الذين عدلتهم م ٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو من غيرهم . شرطه . إقامتهم فيها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع . توافرها للمساكن . أثره . حقه في البقاء في العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانوني بعد انتهائها دون استلزام إقامة المستأجر الأصلي فيها . مصدر حقه في ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد في حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة".

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠١١/٢/١٨)

وهؤلاء المساكنون للمستأجر الأصلي لا ترتب لهم ثمة حقوق قبل المؤجر كما لا ترتب في ذمتهم ثمة التزامات قبل المؤجر ويبقى المستأجر الأصلي هو الطرف الأصيل والوحيد في التعامل مع المؤجر، فإذا ما أخل المستأجر بالتزاماته جاز للمؤجر مقاضاته دون اختصاصهم ويكون الحكم الصادر ضده حجة عليهم .

ولا يحق للمساكن طلب إلزام المؤجر بتحرير عقد إيجار أو إثبات العلاقة الإيجارية عن العين كلها أو جزء منها في وجود المستأجر الأصلي.

أما إذا امتد الإيجار إلى المساكن بعد وفاة المستأجر أو تركه العين ، فإن المساكن يصبح مستأجرا أصليا، وإذا تعدد المساكن وجب اختصاصهم جميعا في الدعاوى التي ترفع من المؤجر .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقيمون مع المستأجر الأصلي لا تترتب في ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي في السكن ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد في التعامل مع المؤجر ولا يسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخلا بأحكام النيابة الضمنية انحرفا عن المبادئ العامة في نسبة أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصيل لأن هؤلاء ليسوا طبقا للقانون أطرافا في عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقات تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم في بداية الإيجار أو بعده وإنما تمتعهم بالإقامة في العين كان قياما من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر ، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تثير فكرة المجاز القانوني على أساس النيابة الضمنية " .

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٤/٥/١٩٨٤)

٢- " إن عقد الإيجار كغيره من العقود لا يلتزم به غير عاقدية فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى طرفيه دون غيرهم كالمقيمين مع المستأجر ولو كانوا من أفراد أسرته طالما بقي المستأجر على قيد الحياة يسكن العين المؤجرة ولم يتخل عنها ، بما لازمه القول بانتفاء وجود علاقة مباشرة أو غير مباشرة بين المؤجر وبين المقيمين مع المستأجر خلال فترة مشاركتهم له في السكن ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد في التعامل مع المؤجر ، كما لا يسوغ معه القول

بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذنا بأحكام النيابة الضمنية انحرفا عن المبادئ العامة في نسبية أثر العقد حين يقوم بإعادة النائب وينصرف أثره إلى الأصل لأن هؤلاء طبقا للقانون ليسوا أطرافا في عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أى علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم في بداية الإيجار أو بعده ، وإنما تمتعهم بالإقامة في العين كانت قياما من المستأجر بواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتبديل والتغيير متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر ، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة المجاز القانوني على أساس النيابة الضمنية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وانتهى إلى أن الطاعنة - وهى زوجة المستأجر - لا تعتبر وولداها منه مستأجرين أصليين ، وإلى أن المطعون ضده الثانى هو الطرف الأصل والوحيد في التعاقد باعتباره مستأجرا فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١١٦٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٠)

٣- " المساكنة تنشئ للمنستغين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المنصوص عليهم في المادة سالفة البيان ، حقا في البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرطه أن يثبت حصولها عند بدء الإيجار ، مادام أن إقامة هؤلاء المساكين في العين لم تنقطع فإنه يحق له الاستفادة من الامتداد القانونى، فإن شغل هؤلاء للعين بعد ترك المستأجر لها أو في حالة وفاته ، يكون له سند القانونى ، ولا ينال من هذا النظر أن المشرع قد عدد في

المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فئات أقارب مستأجر عين للسكنى ممن يحق لهم الاستناد إلى مساكنهم له كى يمتد عقد الإيجار لصالحهم بعد وفاته أو تركه للعين، ذلك لأن تخصيصهم بالذكر فى النص لا ينفى حق من عداهم فى التمسك بالمساكنة وما رتبته القانون عليه من استمرارهم فيها فى الحالتين سالفى الذكر، لأن حقهم مصدره ما تعارف المالكون والمستأجرون عليه فى استمرار واضطراد من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد فى حالة تعددهم عند استحجار عين واحدة " .

(طعن رقم ٢٢٩٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٨)

٤- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه ولئن كان لعقد إيجار الأماكن طابع عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده ، بل ليعيش مع أفراد أسرته ولئن يترأى له إيواهم الذين لا ترتب فى ذمتهم التزامات قبل الموجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأسمى فى السكن ، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأسمى والوحيد فى التعامل مع الموجر ولايسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرون أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية انحرافاً عن المبادئ العامة فى نسبة آثار العقد لأن هؤلاء ليسوا طبقاً للقانون أطرافاً فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالموجر أية علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بداية الإيجار أو بعده وإنما تمتعهم بالإقامة فى العين كان قياماً من المستأجر بالتزامات وواجبات أدنية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتبديل متعلقة به هو ولا شأن لها بالموجر " .

(طعن رقم ١٥١١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

٢٢٦. هل يجب أن يسبق رضا الموكل بالوكالة التصرف القانوني الذي يعقده الوكيل ؟

يذهب رأى إلى أنه سواء كان رضا الموكل بالوكالة صريحا أو ضمنيا، فإنه يجب أن يسبق التصرف القانوني الذي يعقده الوكيل ، فإن كان لاحقا لم تكن هناك وكالة بل فضالة ، وكان رضا رب العمل إقرارا لعمل الفضولى . و يترتب على ذلك أنه لا يكفي أن يقوم شخص بتصرف قانونى لحساب آخر وباسمه حتى تكون هناك وكالة ، ولو قام هذا الشخص بالتصرف القانونى بعلم رب العمل ودون معارضة منه ، وإنما تكون هذه فضالة ^(١).

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الرضاء يمكن أن يستفاد من مجرد علم رب العمل بتدخل الفضولى دون أن يعترض عليه ، فإذا انتهى إلى علم الفضولى أن رب العمل يعلم بما يجرى خاصا بشأنه ، وأنه مع ذلك لم يبد اعتراضا عليه ، فحسبه ذلك لكى تصبح له صفة الوكيل عن رب العمل ، لأنه يصبح من حقه أن يفسر سكوت رب العمل على أنه إجازة لعمله ، والإجازة اللاحقة تعمل عمل الإذن السابق . خاصة أن المشرع المصرى لم ينقل حكم المادة ١٣٧٢ من القانون المدنى الفرنسى التى يفهم منها أن علم رب العمل بما يأتية الفضولى لا يجعل منه وكىلا عن رب العمل مما يدل على أن المشرع المصرى أراد الرجوع إلى حكم القواعد العامة التى

(١) المسنهورى ص ٤٩٢ - أكثم الخولى ص ٢٠٠ - ويذهب الدكتور أكثم الخولى إلى أن الصحيح أن الوكالة فى هذا الغرض لا تكون ضمنية بل تكون وكالة مفترضة تقترب من أن تكون نيابة قانونية أساسها العرف .

تقضى بأن : " من يتغاضى عن منعه الغير من التدخل فى شأنه يعتبر كأنه قد وكله فيه " .

إنما يشترط أن يكون الفضولى على بينة من علم رب العمل حتى يمكن أن يقال بوجود وكالة ضمنية ، ذلك لأن الوكالة عقد ، والعقد يتطلب لانعقاده توافق إرادتين ، ولا يمكن أن يتم ذلك التوافق إذا كان الفضولى يجهل موقف رب العمل، إذ لا يمكن أن ينشأ عقد بين شخصين يجهل كل منهما إرادة الآخر .

ويستفاد من قضاء محكمة النقض أنها تأخذ بالرأى الأخير .

(راجع نقض طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

(منشور ببند ٢١٩)

٢٢٧- إجبار الوكيل على الوكالة :

ذكرنا أن عقد الوكالة من العقود الرضائية ، ومقتضى ذلك رضا الموكل بالوكالة ، إلا أن هناك حالة نص عليها قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) جعلت الوكالة جبراً على المحامى .

إذ نصت المادة ٦٤ من القانون على أن : " على المحامى تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص عليها هذا القانون، وعليه أن يودى واجبه عمن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التى يبذلها إذا كان موكلًا .

ولا يجوز للمحامى المنتدب للدفاع أن يتنحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره " .

ونصت المادة ٩٤ على أن : " مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة يندب مجلس النقابة الفرعية محاميا للحضور عن المواطن الذى يتقرر إعفائه من الرسوم القضائية لإعساره . ويقوم المحامى المنتدب للدفاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه " .

٢٢٨- التوكيل على بياض :

يجوز صدور التوكيل من الموكل مع ترك بياض لتدوين اسم الوكيل فيه أو لتدوين التصرف محل الوكالة أو ترك بياض لتدوين الأمرين معا .
ويصدر التوكيل فى الصورة الأولى أى دون تدوين اسم الوكيل فيه - عادة - إذا كان العمل محل الوكالة قليل الأهمية بالنسبة للموكل ، أو هو مجرد إجراء شكلى يمكن أن يقوم به أى شخص .

ويحدث ذلك - عادة - فى التوكيل الصادر من المساهم إلى الشركة المساهمة على بياض لتعيين من ينوب عنه فى الجمعية العمومية للشركة .
أو فى التوكيل الصادر من عضو مجلس إدارة جمعية أو ناد إلى مجلس إدارته لتوكيل أحد أعضاء مجلس الإدارة فى حضور إحدى الجلسات .
والتوكيل فى هذه الصورة إنما ينطوى على وكالتين ، الأولى : وكالة مجلس إدارة الشركة أو الجمعية أو النادى لتوكيل أحد الأعضاء للقيام بالتصرف محل الوكالة .

والثانى : وكالة من مجلس الإدارة إلى العضو الذى يوكله فى القيام بالتصرف محل الوكالة ، وذلك تنفيذًا للوكالة السابقة .

وهذه الوكالة صحيحة قانوناً ، رغم ما يوجه إليها من سهام النقد ، إذ تؤدي إلى ضعف دور المساهمين في إدارة الشركة المساهمة أو ضعف أعضاء مجلس إدارة الجمعية أو النادي في إدارة الجمعية أو النادي ، وترك الأمر مهيناً لسيطرة الحاضرين خاصة إذا كثرت عدد التوكيلات .

والصورة الثانية : للوكالة - وهي التي يترك فيها التصرف محل الوكالة على بياض - يلجأ إليها عادة في عمل أو أكثر من أعمال الإدارة إذا كان هذا العمل غير معلوم وقت إصدار التوكيل .

وإذا عرف التصرف محل الوكالة وجب على الوكيل كتابته بالتوكيل دون زيادة ، أما إذا تجاوز حدود محل التصرف - والذي اتفق عليه بين الطرفين - فإن الغير حسن النية الذي تعامل مع الوكيل لا يضار من هذا التجاوز وينفذ أثر التصرف في حق الموكل . وللاخير الرجوع على الوكيل .

غير أنه يجب على الموكل أن يثبت أنه دفع التوكيل إلى الوكيل وفيه بياض مخصص لتعيين محل الوكالة فيما بعد . ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها لأنه يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة ، ثم عليه إثبات حدود الوكالة المتفق عليها حتى يمكن التثبت من أن الوكيل في ملفه للبياض قد جاوز هذه الحدود .

ويعتبر التوكيل على بياض بعد ثبوته مبدأ ثبوت بالكتابة على أن ما قام به الوكيل كان في حدود الوكالة^(١).

(١) راجع السنهاوري ص ٥٠٥ وما بعدها - أكثم الخولي ص ٢٠٠ وما بعدها .

٢٢٩- التوكيل لحامله :

التوكيل لحامله ، هو ذلك الذى يصدر دون تحديد الوكيل ودون ترك بياض لكتابة اسمه فيه .

وقد ذهب بعض الأحكام فى فرنسا إلى بطلان التوكيل لحامله لأن الوكالة من عقود الاعتبار الشخصى إذ تقوم على الثقة فى شخص من يختاره الموكل لتمثيل مصالحه فلا يمكن أن تصح إذا كانت لحاملها^(١).

ولكن الراجح أن الوكالة تكون صحيحة رغم عدم تعيين الوكيل ، لأن هذه الصورة تتضمن وكالة صادرة إلى شخص معين هو من يتسلم التفويض غير المحدد يكلفه فيها الموكل بأن يختار بدلا عنه شخصا آخر يراه صالحا للقيام بالعمل موضوع الوكالة أى أن العملية لا تخرج من أن تكون سماحا للوكيل بإثابة شخص آخر عنه فى تنفيذ الوكالة وهذا جائز بلا خلاف وينص القانون^(٢).

٢٣٠- الشكل الواجب توافره فى الوكالة :

تنص المادة ٧٠٠ مدنى على أنه : " يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .

فالنص يوجب أن تتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة .

(١) باريس ٢٣ مايو ١٩١٩ .

(٢) أكرم الخولى ص ٢٠١ - السنهاورى ص ٥٠٦ هامش (١) وما بعدها .

ولما كان الأصل أن التصرفات القانونية رضائية فإنه يجوز أن تكون الوكالة في هذه التصرفات رضائية . ومثل ذلك عقد البيع والشراء والقرض والمقاولة والعارية والوديعة .. إلخ ، ولا ينال من رضائية عقد البيع تطلب قانون تنظيم الشهر العقاري تسجيله ، فذلك لم يغير من طبيعته كعقد رضائي ، وإنما عدل فقط آثاره بالنسبة للمتعاقدين والغير فنجعل نقل الملكية مترتبة على تسجيل العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان عقد البيع في القانون المدق المصري - على ما أفصحت عنه المادة ٤١٨ منه - عقدا رضائيا ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا بل ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين ، وسواء كان في حقيقته بيعا أو يستر هبة ، فإن الوكالة في البيع تكون بدورها رضائية . ، ولا تستوجب شكلا خاصا لانعقاده عملا بالمادة ٧٠٠ منه ، وبالتالي فإن الوكالة في البيع تخضع في شكلها لقانون محل إبرامها " .

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧)

٢- " قانون تنظيم الشهر العقاري فيما يتطلبه من تسجيل عقد بيع العقار لا يضيف على هذا العقد شكلا رسميا معينا فهو لم يغير شيئا من طبيعته من حيث كونه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين وإنما قد عدل فقط آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل متراخيا إلى ما بعد حصول التسجيل ، وإذ كان نص المادة ٧٠٠ من القانون المدق يوجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل

الوكالة فإن الوكالة في بيع وشراء العقار تكون هي أيضا رضائية ولا يستوجب القانون شكلا رسميا لانعقادها . وهذا الأمر يستوى سواء أكانت الوكالة ظاهرة سافرة أم وكالة مستترة " .

(طعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

أمّا إذا كان القانون يشترط توافر شكل معين في التصرف محل عقد الوكالة ، فإنه يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . سواء كان هذا الشكل هو الرسمية أو مجرد الكتابة .

وذهب رأى إلى أن نص المادة ٧٠٠ جاء عاما في وجوب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة ، دون تمييز بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير . كما فعل ذلك أيضا في الوعد بالتعاقد فأوجب لانعقاد الوعد أن يستوفي الشكل المعين لانعقاد التعاقد الكامل (م ١٠١/٢) ، دون تمييز بين حالة وحالة . فوجب إذن الوقوف عند النص ، وعدم التمييز بين ما إذا كان الشكل مطلوبا لحماية المتعاقدين أو لحماية الغير^(١) .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن مناط وجوب الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة ، أن يكون اشتراط الشكل الرسمي في التصرف الذي سيجره الوكيل مقصودا به حماية المتعاقد الذي وكل غيره

(١) السنهاورى ص ٥١٠ هامش (١) .

بإجراء هذا التصرف . أما إذا كان الشكل مشروطا لمصلحة الغير فإنه لا يلزم توافر هذا الشكل في التوكيل^(١).

ويستدرك بعض أنصار هذا الرأي^(٢) بأنه يصعب في القانون المصرى إيجاد مثال على شكل يشترطه القانون لمصلحة الغير^(٣).

وهذا ما يجعل التمييز الذى نادى به هذا رأى ليس له ثمة أهمية عملية في القانون المصرى .

ونرى الأخذ بالرأى الأول ، لا سيما وأن عبارات المشروع التمهيدى للتقنين المدق الجديد تساند عمومية نص المادة ٧٠٠ مدق ، وأن رأى الثانى لا يستند إلى مبررات قانونية واضحة .

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٣ - محمد كامل مرسى ص ٤٧٣ - أكثم الخولى ص ٢٠٥ - جمال مرسى بدر ص ١٧٧ وما بعدها- وهذا رأى يتفق مع رأى الفقه فى فرنسا حيث لا يوجد هناك نص صريح مقابل للمادة ٧٠٠ مدق.

(٢) أكثم الخولى ص ٢٠٥ محمد كامل مرسى ص ٤٧٢ .

(٣) وكان ذلك موجودا فى القانون الملغى ، مثل التوكيل لإجراء استبدال الدين بواسطة نقل التأمينات ، فإنه بمقتضى المادة ٢٥٥/١٩١ لا ينفذ الاتفاق على نقل التأمينات على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية ، والرسمية التى كان يشترطها القانون المختلط فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين (مادة ٢٢٧ مختلط) .

(أكثم الخولى ص ٢٠٥ هامش (٢) - محمد كامل مرسى ص ٤٧٣) .

فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" وإذا كان العمل القانوني المعهود به إلى الوكيل لا يقتضى شكلا خاصا ، كالبيع والإيجار ، فلا يشترط توافر شكل خاص في الوكالة . أما إذا كان القانون يتطلب شكلا معينا في هذا العمل ، كالرهن الرسمي والهبة ، فإن التوكيل يجب أن يتوافر فيه هذا الشكل . فالتوكيل في رهن أو هبة يجب أن يكون في ورقة رسمية . ويبين من ذلك أنه إذا اشترط القانون شكلا خاصا في عقد معين ، وجب استيفاء هذا الشكل أيضا في الوعد بهذا العقد (م ١٥٠ فقرة ٢ من المشروع) وفي التوكيل فيه (م ٩٧٥ من المشروع) ^(١) .

٢٣١ - حالة وجود نص يقضى بغير القاعدة الواردة بالمادة (٧٠٠) مدني :

بعد أن نصت المادة ٧٠٠ مدني في صدرها على أن : " يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ... " أردفت بعبارة " ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " . والمقصود بالعبارة الأخيرة أنه إذا نص القانون على شكل معين يجب أن يتم فيه التوكيل فإنه يجب اتباع هذا الشكل ، دون النظر إلى ما إذا كان التصرف محل التوكيل يستوجب فيسه القانون شكلا ما أم لا يستوجب ذلك ، وبصرف النظر عن الشكل الذي يتطلبه القانون إن كان يتطلب فيه شكلا معينا .

ومثال ذلك التوكيل الصادر للمحامى أو التوكيل بالخصومة إذ نصت المادة ٥٧ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (المعدل) بشأن إصدار قانون المحاماة على أن : " لا يلتزم المحامى الذى يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام أن يودع التوكيل بملف الدعوى ويكتفى بالاطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة " (١).

٢٣٢- أمثلة للتصرفات التى يشترط فيها القانون شكلا معيناً :

٩- عقد الهبة بالنسبة للواهب :

رأينا عند شرح عقد الهبة أن القانون اشترط أن تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر (١/٤٨٨ مدنى)، أما إذا تمت هبة المنقول بالقبض ، فلا يشترط فيها الرسمية .
والرسمية واجبة بالنسبة لإيجاب الواهب فقط دون قبول الموهوب له .
وعلى ذلك تكون الرسمية لازمة فى توكيل الواهب للغير فى الهبة .

٢- محو قيد الرهن الرسمى (شطب الرهن الرسمى) :

تنص المادة ٤٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى (الواردة بالبواب الخامس الخاص بأحكام القيد) على أنه : "لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضا الدائن بتقرير رسمى منه ومع ذلك يكتفى فى إجراء المحو فى حالة رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرقى على التوقيع فيه " .

وعلى ذلك يجب أن يكون التوكيل الصادر من الدائن للغير لإجراء المحو رسمياً .

أما في حالة التوكيل في محو الرهن الجيازي العقاري وحقوق الامتياز العقارية ، فيكفى أن يكون التوكيل الصادر للغير بإقرار عرقى مصدق على التوقيع فيه .

٣- عقد الشركة :

تنص المادة ٥٠٧ مدنى على أن : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى فرغ فيه ذلك العقد " .
وعلى ذلك يجب أن يكون التوكيل الصادر للغير بإبرام عقد الشركة أو بإدخال تعديلات على عقد قائم مكتوبا فى ورقة عرفية ، وإلا كان التوكيل باطلا .

٤- التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق ملكية السفينة أو غيره من الحقوق العينية عليها :

تنص المادة ١/١١ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرى على أن : " تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة " .

وبالترتيب على ذلك فإن توكيل الغير فى أحد التصرفات سالفة الذكر يجب أن يكون بورقة رسمية .

وكذلك كل توكيل صادر برهن السفينة ، لأن رهن السفينة لا ينعقد إلا بعقد رسمى (٤١م من القانون رقم ٨/١٩٩٠) .

٢٣٢- القانون الذى يخضع له شكل العقود :

تنص المادة ٢٠ من التقنين المدنى على أن : " العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى أبرمت فيه . فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلغراد عملا بالمادة ١٤/٦٤ من القانون رقم ١٩٥٤/١٦٦ - واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية . بما يطابق اللغتين الأجنبية اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة المذكورة ، وكانت المطعون عليها لم تبد أى اعتراض على إجراءات توثيق التوكيل فى الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإن هذا التوكيل وقد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية يكون حجة فى إسباغ صفة أوكالة للمحامى الذى قرر بالطعن " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٢/٧)

٢- " أشكال العقود والتصرفات - وعلى ما يجرى به قضاء النقض - تخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه ، لما كان ذلك فإنه لا وجه للترفع

بشأن عقد الوكالة الصادر في قبرص بأحكام قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٢/٢/١٩٧٥)
٣- " المقرر أن أشكال العقود والتصرفات يخضع لقانون البلد الذي أبرمت فيه فلا وجه للتذرع بشأن عقد الوكالة الصادر خارج مصر بأحكام قانون الشهر العقاري والتوثيق المصري رقم ١٤ لسنة ١٩٤٦ ، لما كان ذلك وكان الثابت من الورقة المقدمة من المحامي الذي رفع الطعن رقم ٦٤١ لسنة ٦٠ والمعونة " توكيل خاص " أنها تتضمن شهادة صادرة من وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن قد وكلا عنهما المحامي المذكور لاتخاذ إجراءات الطعن بالنقض في الحكم المطعون فيه وذلك بصفتها الصادر بها الحكم المطعون فيه وكان المطعون عليهما لم يتعرضا بأن إجراءات التوكيل التي تمت بدولة الإمارات قد وقعت بالمخالفة للقانون المعمول به في هذه الدولة ، كما لم يقدم ما يفيد ذلك ومن ثم فإن هذا التوكيل حجه في إسباغ الوكالة للمحامي الذي رفع الطعن المذكور " .

(طعن رقم ٦٤١ ، ٦٦٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٨/٤/١٩٩١)
إثبات الوكالة :

٢٣٤- عبء إثبات الوكالة :

يقع عبء إثبات الوكالة على عاتق من يدعيها . فإذا احتج الموكل على الوكيل بالوكالة ليطلبه بالتزاماته كان عليه إثبات هذه الوكالة. وإذا احتج الوكيل على الموكل بالوكالة لمطالبته بما أنفق من مصروفات مثلا ، كان على الوكيل إثبات الوكالة .

وإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداها وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عيب إثبات الوكالة يقع على من يدعيها ، فإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداها ، وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف ، إذ الوكيل لا تكون له صفة الوكالة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة".

(طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٥ جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

ولم يرد بالقانون المدنى الجديد نص مقابل للمادتين ١٨/٥١٣ و ٦٣٤ من القانون القديم اللتين تخولان لمن يتعامل مع الوكيل الحق فى أن يطالبه بتقديم صورة رسمية من التوكيل ليتفادى مغبة إنكار التوقيع أو إساءة استعمال التوقيع على يياض .

على أن حذف هذا النص لا ينفى أن لكل شخص يتعامل مع الوكيل الحق فى أن يتحرى صفته وحدود تلك الصفة ، فللغير أن يطالب بتقديم صورة رسمية من سند التوكيل وإلا كان له أن يرفض التعامل مع الوكيل ، إلا إذا كان مزودا بتوكيل مصدق فيه على إمضاء الموكل^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٥٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل في قواعد الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعله تقصيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٤/٤/١٩٧٣)

٢٢٥- إثبات الوكالة الصريحة :

(أ) - الوكالة المكتوبة :

عادة تكون الوكالة مكتوبة ، سواء كانت رسمية أو عرفية ، وفى هذه الصورة يسهل إثبات الوكالة سواء فيما بين الطرفين أو بالنسبة للغير . ويكون ذلك بإبراز التوكيل المكتوب .

وإذا كان التوكيل رسميا ، ثبت له حجية المحرر الرسمي ، وإذا كان عرفيا ثبت له حجية المحرر العرفي .

ويقوم مقام الكتابة إقرار الخصم بالوكالة وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على وكالة المطعون عليه الثانى عن الطاعنين من إقرارهم بأنه كان وكيلا عنهم فى إدارة أموالهم والتعامل باسمهم حتى إلغائهم التوكيلات المذكورة ، وفى هذا ما يقوم مقام الكتابة فى إثبات الوكالة وتغنى عن تقديم صورة رسمية منها " .

(طعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٨/١/١٩٧٩)

(ب) - الوكالة الشفوية :

ليس لإثبات الوكالة الشفوية قواعد خاصة . وإنما تسرى عليها القاعدة العامة في الإثبات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ٦٠ من قانون الإثبات السى تقضى بأنه : " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م ١/٦٢ من قانون الإثبات) . ويجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى في الحالتين الآتيتين :

١ - إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى .
ومثل ذلك إثبات الوكالة بين الزوجين والأقارب والأصهار ، وإذا جرى العرف بالألا تؤخذ كتابة ، كما هو الأمر فيما بين السيد والخادم والمخدوم والمستخدم ، ورب العمل والعامل^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - " متى كانت محكمة الموضوع قد كيفت العلاقة بين الطرفين بأنها علاقة مقرض بمقرض لا وكالة بالعمولة وأقامت قضاءها في هذا الخصوص على ما استخلصته من شهادة الشهود ومن القرائن الماثلة في الدعوى استخلاصا سائفا فلا وجه للنعى عليها بالخطأ في التكيف ولا

(١) السهنورى ص ٥١٦ وما بعدها .

للقول بأن الدائن لم يقدم دفاتره التجارية رغم تكليف المحكمة له بذلك -
إذ بحسب المحكمة بعد اقتتعت من الأدلة التي لورنتها في حكمها بحقيقة
العلاقة بين الطرفين أن يقوم قضاؤها عليها " .

(طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١١/٧)

٢- "من المقرر أن المادة ٦٣ من قانون الإثبات تبيح إثبات عقد
الوكالة بالبينة في حالة وجود مانع أدبي لدى صاحب الحق من الحصول
على سند بالكتابة ممن تعاقده معه ، وأن المانع كما يكون مادياً يجوز أن
يكون أدبياً، وتقدير وجود المانع أو عدم وجوده في جميع الأحوال يدخل
في سلطة قاضي الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، فمضى رأى
القاضي من ظروف الدعوى أن لعلاقة الأبوة بين الطاعن والمدعى بالحقوق
المدنية قيام هذا المانع وقبل إثبات الوكالة بالبينة فلا معقب على رأيه في
ذلك، ذلك أن تقدير المانع من الحصول على الكتابة من أمور الموضوع
التي تفصل فيها المحكمة وجوداً أو عدماً تبعاً لوقائع كل دعوى
وملايماتها ، ومتى قالت المحكمة بقيام هذا المانع بناء على ما تذكره في
حكمها من أسباب فلا تقبل المناقشة في ذلك أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٤٦٨٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١٢/١١)

٢- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أخفى لا يد له فيه (م ٦٣ ق
قانون الإثبات) .

وقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة - كالأشأن في قواعد الإثبات عامة -
مما لا يتعلق بالنظام العام ويجب على الخصم التمسك بها ، ولا يجوز

التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها تتصل بواقع لم يطرح على محكمة الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان عقد الوكالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذا زاد مجموع التصرف محل الوكالة على عشرة جنيهاً إلا أنه إذا كان الموكل لم يتمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإنه لا يملك التحدى به أمام هذه المحكمة لأول مرة لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولأنه لا يجوز أن يثار أمام هذه المحكمة إلا ما كان معروضاً على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨)

وواضح من المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات أنه إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة تجارياً فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية ولو تجاوزت قيمة التصرف خمسمائة جنيه بالنسبة للشخص الذى يعتبر التصرف تجارياً بالنسبة له. كما إذا كان الموكل تاجراً وكان التصرف محل الوكالة متعلقاً بعمل من أعمال تجارته ، أو كان الموكل غير تاجر ولكن التصرف محل الوكالة كان عملاً تجارياً وتعتبر الوكالة تجارية بالنسبة للوكيل إذا كان الوكيل تاجراً وكانت الوكالة تدخل فى أعمال تجارته .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" اتفاق الطرفين على القيام بعمل تجارى هو استغلال مطحن يملكهما تاجرين . وإذا كان تفويض المطحون ضده الأول للطاعن ينطوى على

أعمال تتصل بهذا العمل ولازمته ، فإن هذه الأعمال تعتبر هي الأخرى أعمالا تجارية تطبيقا لمبدأ الأعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليه في الفقرة التاسعة من المادة الثانية من قانون التجارة . وغير صحيح ما يقوله الطاعن من أن العمل التجارى يعتبر مدنيا بالتبعية لتلك الأعمال لأنه هو الأصل والأصل لا يتبع الفرع. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا النظر بحق اعتبار عقد الوكالة تجاريا وأجاز إثباته بالبينة ورد على دفاع الطاعن في هذا الصدد ، فإن النعى عليه بهذين السببين يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨)

ويجوز إثبات الوكالة أيضا بالإقرار واليمين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا طوّل المدعى عليهم بريع أطيان مدعى وضع يدهم عليها ، وبنيت المطالبة على ورقة صادرة من أحدهم تعهد فيها عن نفسه وبصفته وكيلا عن إخوته الباقيين بالتزامهم للمدعى عليهم بريع ما زاد على نصيبهم من الأطيان المتفق بموجب هذه الورقة على اختصاصهم بها مؤقتا حتى تتم القسمة القضائية بين الجميع ، وكان سائر المدعى عليهم لم ينكروا هذه الوكالة ولم ينازعوا فيها في أى دور من أدوار التقاضى ، وقصروا دفاعهم على أن شقيقهم (الوكيل) هو واضع اليد دونهم ، فاستخلصت المحكمة من ذلك أنهم مسلمون بالوكالة ولم تطلب ورقة التوكيل بل قضت في الدعوى على أساس الالتزام الثابت عليهم بموجب تلك الورقة، فحكمها هذا لا مخالفة فيه للقانون ولا إخلال بحق الدفاع ولا بقصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

٢- " إذا كان الحكم قد استند في إثبات الوكالة في التأجير إلى إقرارات الموكل سواء في دفاعه أمام محكمة الموضوع أو في شكوى إدارية وإلى أقوال الوكيل في شكوى إدارية من أنه استأجر ماكينة لحساب الموكل فإن هذا الاستناد لا يخالف فيه للقانون لأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمنا من الأدلة التي يميزها القانون لإثبات الوكالة أو لإعفاء الخصم من تقديم الدليل عليها " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨)

٣- " إذا استند الحكم في إثبات الوكالة إلى إقرارات الموكل في دعوى جنائية ودفاعه في دعوى أخرى ، فلا مخالفة في ذلك للقانون لأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمنا من الأدلة التي يميزها القانون لإثبات الوكالة أو لإعفاء الخصم من تقديم الدليل عليها " .

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٤- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على وكالة المطعون عليه الثاني عن الطاعنين من إقرارهم بأنه كان وكيلًا عنهم في إدارة أموالهم والتعامل باسمهم حتى إلغائهم التوكيلات المذكورة ، وفي هذا ما يقوم مقام الكتابة في إثبات الوكالة وتغنى عن تقديم صورة منها " .

(طعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٨)^(١)

(١) كما قضت بأن :

" إذ كان الثابت أن الطاعن الأول قد وقع على محضر الشرطة - المتضمن عقد بيع - دون أن يذكر شيئاً عن نيابته عن أولاده في هذا التصرف ، فإن -

" ثبوت الوكالة الاتفاقية أمر موضوعى يتوقف على فهم المحكمة للواقعة متى كان استخلاصها سائغا وله سند من أوراق الدعوى " .

٢٣٦- سريان قواعد الإثبات السابقة على الغير :

تسرى قواعد الإثبات سائلة الذكر على الغير الذى يريد إثبات الوكالة فى مواجهة الموكل . فلا يجوز له إثبات الوكالة بغير الكتابة إذا كانت قيمة التصرف محل الوكالة تجاوز خمسمائة جنيه ، ما لم يكن التصرف تجاريا . وقد علل البعض سريان قواعد الإثبات هذه على الغير كالمتعاقدين تماما ، بأن الغير يعتبر خلفا للوكيل لا تتجاوز حقوقه حقوق سلفه ^(١) .

بينما عللها البعض - بحق - بأن الغير يتأثر بالوكالة كما لو كان طرفا فيها ، فهو فى موقف يقترب من المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذ المنتفع يعتبر الاشتراط لمصلحته بالنسبة إليه تصرفا قانونيا لا واقعة مادية ^(٢) .

٢٣٧- إثبات الوكالة الضمنية :

لاشك فى جواز إثبات القبول الضمنى للوكالة بكافة طرق الإثبات ، طالما أنه يمكن استنتاج القبول من مجرد أداء العمل الموكل فيه كما رأينا

استخلاص الحكم لنيابة الطاعن الأول عن أولاده من توقيعه على المحضر سالف الذكر يكون معينا لا تودى إليه عبارات ذلك المحضر . ولا يغير وجه الرأى كون الطاعن الأول وكلاء عن أولاده ، لأن ذلك لا يجعل توقيعه على المحضر منصفا إليهم مادام أنه لم يعلن وقت التوقيع أن يوقع نيابة عنهم " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/١٨)

(١) محمد على عرفه ص ٣٥٩ - ويذهب الدكتور أكثم الخولى ص ٢٠٦ إلى أن ذلك يخالف القواعد العامة التى تبيح إثبات العقد بكافة الطرق لمن ليس طرفا فيه . وأنه من الخطأ القول بأن الغير يعتبر خلفا للوكيل .

(٢) السنهورى ص ٥١٨ .

سلفاً ، فذلك واقعة مادية يجوز إقامة الدليل عليها بأية وسيلة من وسائل الإثبات وأخصها البيئة والقرائن^(١).

أما إثبات إيجاب الموكل في الوكالة الضمنية ، فقد ذهب رأى إلى وجوب التقيد بالقواعد العامة لإثبات الوكالة الصريحة ، استناداً إلى أن الوكالة عقد وأن القانون لم يستثنها إذا انعقدت بالرضاء الضمى من القواعد المقررة لإثبات العقود^(٢).

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه يجوز إثبات الوكالة الضمنية بكافة وسائل الإثبات ، ذلك لأن مسألة قبول الإثبات أو عدم قبوله تتحدد وفقاً للوقائع المراد إثباتها لا وفقاً للنتائج التي تترتب على إثبات هذه الوقائع. وواضح أن من يدعى وجود وكالة ضمنية إنما يرمى إلى إثبات الوقائع المادية التي يمكن أن يستنتج منها وجودها ، كواقعة إرسال المستندات المتصلة بالعمل الموكل فيه ، أو اعتياد المخدم أن يتعامل نسيئة مع التاجر وأن يرسل خادمه للتعامل معه أو غير ذلك من الوقائع التي تقوم عليها الوكالة الضمنية . ولا يقيد من حرية إثبات هذه الوقائع أن يؤدي إثباتها إلى إثبات قيام رابطة قانونية بين المدعى والمدعى عليه ، لأن هذه الرابطة لم تكن بذاتها محلاً للإثبات ، ولكنها استنتجت من إثبات الوقائع المادية التي تستند إليها الوكالة . وإثبات هذه الوقائع جائز بكل وسائل الإثبات^(٣).

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٠ .

(٢) مشار إليه في مؤلف محمد كامل مرسى ص ٤٧٦ ومؤلف أكثم الخولى ص ٢٠٦ .

(٣) محمد على عرفه ص ٣٦١ وما بعدها - أكثم الخولى ص ٢٠٦ هامش (٢) - السنهوري ص ٥٠٣ وما بعدها - المنصورة الابتدائية ١٩٤٤/٢/٦ - قنا الابتدائية ١٩٢٨/٣/١٠ .

وعلى ذلك يكون لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها في الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية . ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ، طالما استخلصت المحكمة قيامها من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهت إليها .

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الثاني في قضائها ، إذ ذهبت إلى أن:

١- " إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من المستندات المقدمة لها ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية في تسلم مورث المطعون عليهم الرسائل المشحونة - محل النزاع - من مصلحة السكك الحديدية نيابة عن الشاحن ، وكانت الوكالة الضمنية في هذا الخصوص مما يجوز إثباته بالقرائن وقد استخلصت المحكمة قيامها من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهت إليها فإن المجادلة في تقدير الدليل على قيام تلك الوكالة جدل موضوعي لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

٢- " إذا كان لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها في الدعوى ، ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية ، وكان الذي خلص إليه الحكم المطعون فيه سائغا ، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، فإن ما يثيره الطاعنان في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في سلطة محكمة الموضوع في تقدير الدليل " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/٢)

٣- " إذا كان التحقق من توافرصفة النيابة من الخصم أو عدم توافرها مسألة موضوعية ، وكان الحكم قد نفى هذه الصفة عن المطعون عليه الثالث بأسباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق وتؤدى عقلا إلى المعنى الذى خلص إليه ، فإن الجدل فى ذلك لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا تنحسر عنه رقابة محكمة النقض " .

· (طعن رقم ١٩٨ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٦)

٤- " لمحكمة الموضوع -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تستخلص من هذه المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

٥- " المقرر أن جميع التصرفات القانونية التى يجوز للشخص أن يقوم بها قد يباشرها بنفسه أو بمن ينوب عنه قانونا سواء كانت هذه النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية ، وكانت النيابة الاتفاقية لا يشترط لقيامها بحسب الأصل شكلا معينا ، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ، ولئن كان إيداع ثمن العقار المشفوع فى خزانة المحكمة وفى الموعد الذى حدده القانون من الإجراءات اللازمة لقبول دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى طلبها إلا أنه إجراء سابق على رفعها ولا يعتبر من إجراءات الدعوى ذاتها التى تبدأ بإيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة ومن ثم يكون الوفاء بهذا الالتزام الذى فرضه القانون جائزا من الوكيل ولو لم تكن وكالته رسمية ، لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى

تفسير صيغ المحررات مادام تفسيرها لها سائغا ولا تخرج عن حقيقة مدلولها، وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على نيابة ابن المطعون ضده الثاني عن المطعون ضده الأول في إيداع الثمن بما ورد بعبارات محض الإيداع من أنه أودع المبلغ المودع لحسابهما معا وعلى ذمة دعوى الشفعة المزمع إقامتها منهما ، وكان هذا الاستدلال سائغا ، فإن النعى عليه بسبب النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢٤)

٦- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقا لما تقضى به المادة ١/١٤ من قانون الإثبات ، وإذ كان الثابت مسن مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده ركن في إثبات صدور وكالة من الطاعن ، إليه إلى صورة من الإقرار المؤرخ ٣١ من يناير سنة ١٩٨٨ المنسوب صدوره إلى رئيس اللجنة الاستئنافية المختصة بنظر التظلم من تقدير ثمن الأرض مشترى الطاعن وما تضمنه هذا الإقرار من قيامه بتقديم التظلم إلى اللجنة المذكورة ومباشرة أمامها وحضور المعاينة التي أجرتها للأرض محل التقدير ، وكانت تلك الصورة لا تصلح دليلا على قيام الوكالة لأنها لا تحمل توقيعاً للطاعن فإن الحكم إذ عول عليها وحدها لإثبات قيام الوكالة بين الطاعن والمطعون ضده ورتب على ذلك قضاءه بأحقية الخبر في مبلغ الأتعاب المقضى به فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٦٩٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٨)^(١)
٢٢٨- إثبات الوكالة في الحضور أمام المحاكم :
أنظر بند (٢٥٢) .

(١) منشور في التقنين المدني جـ ٣ للدكتور المستشار محمد شتا ص ١١٥ .

موضوع رقم (٢٤)

(المحل والسبب في عقد الوكالة)

(أولا)

(المحل في عقد الوكالة)

٢٢٩- تطبيق القواعد العامة :

يجب أن تتوفر في محل الوكالة ، الشروط الواجب توافرها في محل العقد بصفة عامة ، باعتبار أن الوكالة عقد كسائر العقود . وهذا ما سنعرض له بإيجاز في البند التالي .

٢٤٠- الشروط الواجب توافرها في محل عقد الوكالة :

١- أن يكون التصرف ممكنا :

يجب أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة ممكنا ، فإذا كان مستحيلا كان باطلا لأنه لا التزام بمستحيل ، وكانت الوكالة باطلة لبطلان التصرف .

واستحالة المحل قد تكون استحالة مادية ، كما إذا وكل شخص آخر في شراء منزل ، كان قد استحال في تاريخ سابق أنقاضا بسبب غارة جوية دون أن يعلم الموكل ذلك^(١) . أو التوكيل في تصرف تم إنجازه قبل التوكيل .

وقد تكون الاستحالة قانونية ، كتوكيل المحامي في الطعن في حكم بطريق الاستئناف أو النقض ، بعد فوات ميعاد الطعن فيه .

(١) محمد علي عرفه ٣١٥ .

وقد يكون الفعل ممكنا ومع ذلك لا يجوز التوكيل فيه ، لأنه يتطلب بطبيعته أن يباشره الشخص بنفسه كخلف اليمين ، أو يكون من التصرفات التي تعلق صحتها بصورها من صاحبها شخصيا كالوصية المكتوبة بخط الموصى ^(١) ، أو التوكيل في الإمضاء لأنه لا بد أن يصدر من صاحبه .

غير أن الموكل يكون مسئولا نحو الغير حسن النية الذي يجهل أن الإمضاء ليس بخط الموكل ، كما لو كان الإمضاء بخطه ، مادام أن الموكل هو الذي طلب إلى الوكيل كتابة الإمضاء ^(٢) .

٢- أن يكون التصرف معينا أو قابلا للتعين :

يجب أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة معينا أو قابلا للتعين . فإذا وكل شخص آخر وجب عليه أن يعين التصرف الذي وكله فيه تعينا نافيا للجهالة .

غير أننا سنرى أن المادة ٢/٧٠٢ مدني تقضي بأنه في الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع التصرفات القانونية تصح الوكالة ولو لم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص ، إلا إذا كان التصرف من التبرعات . فإذا كان التصرف محل الوكالة من أعمال التصرف وكان من عقود المعاوضة فإنه يكفي ذكر نوع التصرف محل الوكالة كالبيع أو الرهن أو الصلح أو القرض ، دون أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص، بأن يوكل

(١) أكتفم الخولى ص ٢٠٤ .

(٢) السنهاورى ص ٥٣٥ هامش (٢) .

الشخص في بيع منزل معين أو أرض بذاتها أو الصلح في نزاع معين .
أما إذا كان التصرف من عقود التبرع فإنه يجب ذكر نوعه ومحلّه ، فإذا
كان التوكيل في هبة وجب تعيين الشيء الموهوب ، كان يوكل الشخص
في هبة منزل معين أو سيارة بذاتها .

وإذا لم يكن التصرف محل الوكالة معيناً ، وجب على الأقل أن يكون
قابلاً للتعيين ، مثل أن يوكل المالك ناظر زراعته في إدارة الزراعة دون أن
يعين على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل . ففي هذه الحالة
تكون هذه التصرفات قابلة للتعيين ، فهي كل تصرف يتعلق بإدارة الزراعة
كإيجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذور والأسمدة ومبيدات
الحشرات ونوعها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول
واستيفاء الحقوق ووفاء الدين .

٢- أن يكون التصرف مشروعاً :

يجب أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة مشروعاً . بمعنى ألا يكون
مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو الآداب . وإلا كانت الوكالة باطلة .
ومثل ذلك أن يوكل شخص آخر في شراء مخدرات أو في عرض رشوة أو
قبضها أو ارتكاب جريمة قتل أو سرقة أو في الاتفاق مع امرأة على
معاشرة غير مشروعيتها أو إيجار منزل لممارسة أعمال منافية للآداب .
وكذا التوكيل في المراهنة أو المقامرة ، لأن كل اتفاق خاص برهان أو
بمقامرة باطل لعدم مشروعية (٧٣٩م مدني) على أن يستثنى الرهان
الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية وما رخص
فيه قانوننا من أوراق اليانصيب (٤٧٠م مدني) .

وتكون صحيحة الوكالة في قبض دين القمار ، ذلك أن قبض الدين منفصلا عن القمار مشروع فتكون الوكالة فيه مشروعة . أما إذا كانت الوكالة في لعب القمار وفي قبض دينه أو دفعه فالوكالة باطلة في كل ذلك، لأن الوكالة في قبض دين القمار أو دفعه تصبح في هذه الحالة تابعة للوكالة في لعب القمار وتكون باطلة تبعاً لها ^(١).

. ويعتبر كذلك من قبيل التوكيل بتصرف غير مشروع أن يوكل أحد المذكورين في المادة ٤٧١ ^(٢) من القانون المدني الجديد غيره في شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها . إذ يترتب على تحريم هذا التصرف على هؤلاء الأشخاص أن يصبح غير مشروع بالنسبة لهم ، فلا يجوز توكيل غيرهم ^(٣).

وليس هناك ما يمنع من توكيل شخص في مباشرة عمل لا يصح له أن يباشره لحسابه . وبناء على ذلك يجوز توكيل أحد الأشخاص المذكورين في المادة ٤٧١ سالفه الذكر لشراء الحقوق المتنازع فيها المحرم عليهم شراؤها لأنفسهم . وتطبيقاً لذلك أيضاً يجوز توكيل الوكيل بالبيع في

(١) السهوري ص ٥٣٨ .

(٢) تنص المادة ٤٧١ مدني على أن : " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمخضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً " .

(٣) محمد علي عرفه ص ٣٦٥ .

شراء الشيء لحساب شخص ثالث ، مع أنه محظور عليه أن يشتري لنفسه ما هو موكل في بيعه (م ٤٧٩ مدني) . وهذا مشروط بعدم التحايل على المنع فإذا ثبت أن المشتري الحقيقي هو الوكيل ، وأن المشتري الظاهر إنما جئ به لدفع البطلان والتحايل على نص القانون ، فالبيع باطل. كما أنه لشروط أيضا بالحصول على ترخيص من الأصيل (م ١٠٨ مدني)^(١).

٢٤١- جزاء تغلف شروط محل الوكالة :

إذا تخلفت شروط محل الوكالة الثلاثة سالفة الذكر أو تخلف بعضها ، كانت الوكالة باطلة .

ويترتب على البطلان اعتبار الوكالة كأن لم تكن ، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد . ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان .

وإذا كان الوكيل لم يتم بتنفيذ الوكالة ، فإنه لا يلتزم بتنفيذها، ولا يجوز للموكل مطالبته بذلك .

أما إذا كان قد قام بتنفيذها _ وهذا يحدث في الوكالة غير المشروعة - فإنه لا يجوز لأي من الموكل والوكيل مطالبة الآخر بآثار الوكالة ، فلو وكل شخص آخر في إدارة منزل لأغراض منافية الآداب ، وحقق كسبا من وراء ذلك ما جاز للموكل مطالبته بهذا الكسب .

(١) محمد علي عرفة ٣٦٥ هامش (٦) وما بعدها .

أما إذا كانت الوكالة مأجورة ، أوكان الوكيل قد أنفق مصروفات في تنفيذ الوكالة ، فإن الموكل يلتزم بدفع الأجر والمصروفات إذا كان الوكيل حسن النية ، وأقدم على قبول الوكالة وتنفيذها وهو يجهل عدم مشروعية العمل الموكل فيه ، ويقع على عاتق الموكل عبء إثبات علم الوكيل بأن محل الوكالة غير مشروع^(١).

. غير أن الوكيل لا يستند في مطالبته بالأجر ورد النفقات إلى عقد الوكالة ، ذلك أن عقد الوكالة أصبح باطلا ، ولا يزيل هذا البطلان تنفيذ الوكالة ، إنما يستند إلى المسؤولية التقصيرية ، ويقع على عاتق الوكيل عبء إثبات خطأ الموكل^(٢).

٢٤٢- التصرفات التي يصح أن تكون محلا للوكالة :

تجوز الوكالة في أى تصرف قانوني تتوفر فيها شروط المحل الثلاثة التي ذكرناها سلفا . ويستوى أن يكون التصرف القانوني عقدا أو تصرفا من جانب واحد . فيصح التوكيل في البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفي سائر العقود الأخرى . كما يصح التوكيل في الوصية وفي قبولها وفي قبول الاشتراط لمصلحة الغير وفي تطهير العقار المرهون وكذلك في الإدلاء باعتراف وفي توجيه اليمين .
ويصح التوكيل في الزواج والطلاق .

(١) السنهوري ص ٥٤٤ وما بعدها - محمد علي عرفه ص ٣٦٦ .

(٢) محمد علي عرفه ص ٣٦٦

ولكن الوكالة لا تجوز في بعض التصرفات التي يعتبرها القانون شخصية محضة كحلف اليمين (م ٢/١١٥ من قانون الإثبات) أو التصرفات التي تعلق صحتها بصدورها من صاحبها كالوصية المكتوبة بخط الموصى^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" ويلاحظ في التعريف أن المادة ٩٧٢ من المشروع نصت صراحة على أن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانوني ، فيصح التوكيل في البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستجار وفي سائر العقود الأخرى . كما يصح التوكيل في الوصية وقبولها وفي الاشتراط لمصلحة الغير وفي تطهير العقار المرهون وكل هذه أعمال قانونية منفردة . وكذلك يجوز التوكيل في الإدلاء باعتراف وفي توجيه اليمين وفي الدفاع أمام القضاء ، وهذه كلها إجراءات قضائية تابعة لعمل قانوني هو إبداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل (a cte de conclure) . ويلاحظ أن القيام بعمل قانوني قد يستتبع القيام بأعمال مادية ملحقة به وتابعة له . أما إذا كان العمل المعهود به قد تمخض عملا ماديا ، فالعقد لا يكون وكالة فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلا"^(٢).

٢٤٢- مدى سعة الوكالة :

تحدد مدى سعة الوكالة وبيان ما إذا كان تصرف معين داخلا في حدودها أو خارجا عن تلك الحدود أو مدى سلطة الوكيل في هذا

(١) أكثم الخولي ص ٢٠٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٩٠ وما بعدها .

التصرف ، وفق إرادة الطرفين وما ينفقان عليه في عقد الوكالة ، وما يستخلصه القاضى من إرادتهما ولو لم تثبت في عقد الوكالة - كما سنرى - وقد تتسع سلطة الوكيل فتشمل كافة التصرفات أو تضيق لتتصرف في تصرف واحد .

وقد تتسع حرية الوكيل في تنفيذ الوكالة وقد تضيق حرمة في ذلك طبقاً لما يتفق عليه .

وقد يصل الموكل في تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقديره ، ولا يبقى للموكل إلا أن ينفذ تعليمات الموكل ، ويكون الوكيل في هذه الحالة أقرب إلى الرسول . وذلك كموزع التذاكر على الجمهور لدخول المحال العامة أو لاستعمال وسائل النقل من سكك حديدية أو مينيوس .. إلخ ^(١).

وقد تكون الوكالة مقيدة بالزمان ، كأن تكون مقيدة بزمان معين تنقضى بانقضائه أو بأن تبدأ في وقت معين ، أو بالشخص كأن يحدد الموكل الشخص الذى يتعامل معه الوكيل أو من حيث الشكل كالتعاقد بالكتابة فقط ، أو تكون معلقة على شرط ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تتصرف آثاره إليه وفي غير

(١) السنهورى ص ٥٤٦ وما بعدها .

(٢) جمال مرسى بئر ص ٢٠٠ وما بعدها .

الأحوال التي نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساساً باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما - وهو النائب - محل الآخر - وهو الأصيل في إجراء العمل القانون الذي يتم لحسابه - وتقتضى - تلك النيابة الاتفاقية ممثلة في عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها - الأصيل والنائب - على عناصر الوكالة وحدودها ، وهو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمناً بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائباً عن الموكل وتنصرف آثاره إليه . وتخضع العلاقة - بين الموكل والوكيل في هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة".

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

وقد قسم القانون الوكالة في التصرفات القانونية من حيث سلطة الوكيل فيها إلى قسمين : وكالة عامة ووكالة خاصة، نعرض لهما فيما يأتي :

أولاً : الوكالة العامة :

٢٤٤- النص القانوني :

المادة ٧٠١ (ملف) :

" ١- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة.

٢- ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع

البضاعة أو المنقول الذى يسرع إلى التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله " .

٢٤٥- المقصود بالوكالة العامة :

الوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها للتصرف محل الوكالة أو لنوع التصرف محل الوكالة .

ومثل ذلك أن تتضمن الوكالة تحويل الوكيل مباشرة (كل الأعمال التى يراها فى صالح الموكل) أو (كل التصرفات القانونية التى يصح أن تبأشر بوكيل)^(١) أو (يجعل الوكيل مفوضا عن الموكل) .

والجامع فى هذه العبارات أنها لا تعين محل التصرف القانونى المعهود به للوكيل ، ولا نوع التصرف القانونى ذاته . وإن كان لا يمنع أن تتضمن عبارات الوكالة ما يشير إلى الإدارة كأن يوكل الموكل الوكيل فى إدارة أعماله .

والوكالة العامة لا تحول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، وتتميز له مباشرة أعمال الإدارة جميعها . وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدنى عدة أمثلة لأعمال الإدارة هي :

١- الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات .

ولاشك أن الإيجار الذى تزيد مدته على ثلاث سنوات هو أيضا من أعمال الإدارة ، ولكنه يخرج عن نطاق الوكالة العامة ، ويجب أن يصدر به وكالة خاصة .

٢- أعمال الحفظ والصيانة .

٣- استيفاء الحقوق ووفاء الديون .

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ... وإذ كانت هذه النيابة واردة في ألفاظ عامة ولا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني الحاصل فيه الإنابة فإنها حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة ٧٠١ من القانون المدني لا تخول الحارس صفة إلا في أعمال الإدارة وما يستتبع ذلك من حق التقاضى فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدني ، نصت على أن وفاء الديون يعد من أعمال الإدارة فإن وفاء الديون متى كانت ثابتة في الذمة يدخل في سلطة الحارس ويدخل في سلطته تبعاً لذلك حق التقاضى فيما ينشأ عن هذا الوفاء من منازعات فيصبح أن يكون مدعياً أو مدعى عليه فيها ."

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧)

وهذه الأعمال - كما ذكرنا - وردت بالنص على سبيل المثال لا الحصر - فيصبح أن يضاف إليها كل عمل آخر يعتبر من أعمال الإدارة حسب طبيعته وفقاً للعرف الجارى^(١) .

ومثال ذلك ما يأتى :

١- التنفيذ على أموال الموكل لاستيفاء حقوقه ، بطريق حجز المنقول أو العقار أو حجز ما للمدين لدى الغير .

٢- المطالبة بسداد الديون التى في ذمة الغير لموكله ، وأن يباشر الدعاوى الخاصة بذلك عند اللزوم بشرط عدم الصلح فيها أو قبول

(١) جمال مزسى بلز ص ٢٠٦ .

التحكيم أو قبول الأحكام الصادرة ضد موكله إن كانت قابلة للطعن فيها.

٣- تلقى الوفاء بالديون وتحرير مخالصات عنها .

٤- رفع دعاوى وضع اليد ، ولكن لا يجوز له رفع دعاوى الملكية أو القسمة لأن المرافعة فيها تقتضى المساس بأصل الحق^(١).

٥- قبول الوفاء بمقابل إذا لم يكن في ذلك إضرار بحقوق الموكل .

٦- عرض وفاء دين الموكل بمقابل ، بشرط أن يكون هذا المقابل منقولاً ، لأن عرض العقار كمقابل للوفاء يعتبر من قبيل بيع العقار الذى يتطلب توكيلاً خاصاً .

٧- الوكالة العامة ، التى تفوض المحامى فى إجراء كل ما يراه فى مصلحة الموكل ، تتضمن تفويضه فى رفع الدعاوى باسم موكله دون حاجة إلى تفويض مستقل .

٨- اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم^(٢).

ولكن ليس للوكيل أن يتنازل عن التقادم المكتسب .

٩- بذل المسح المعتادة للخدم والعمال والمستخدمين فى المناسبات المختلفة لأن مثل هذه العطايا تعتبر فى الواقع جزءاً من الأجر^(٣).

ويمكن أن يقتصر التوكيل على بعض أعمال الإدارة ، أو على عمل معين بالذات .

(١) محمد على عرفه ص ٣٧١ هامش (٢) .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٢٦ .

(٣) محمد على عرفه ص ٣٧٢ - محمد كامل مرسى ص ٥٢٦ .

وفي هذه الحالة يكون التوكيل خاصا لا عاما .

٢٤٦- مباشرة أعمال التصرف التي تقتضيها الإدارة :

بعد أن أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ مدق بعض الأمثلة لأعمال الإدارة أردفت أنه " ويدخل فيها (أى أعمال الإدارة) كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة" ، وأوردت أمثلة أيضا لذلك ببيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله .

ومعنى ذلك أن هناك بعض أعمال التصرف تدخل فى أعمال الإدارة، طالما أن هذا العمل تقتضيه أو تتطلبه الإدارة .

ويضاف إلى الأمثلة الواردة بالنص أمثلة أخرى منها :

- ١- استئجار عقارات لحساب الموكل ، إذا استلزم ذلك حسن القيام بالإدارة المعهودة إلى الوكيل^(١) .
- ٢- بيع نتاج الماشية .
- ٣- افتراض المال اللازم لإدارة أموال الموكل من حفظ وصيانة وإصلاح وترميم .
- ٤- شراء الآلات الزراعية والأسمدة والبذور والمواشى اللازمة للزراعة.
- ٥- شراء وسائل النقل اللازمة لاستغلال المتاجر من سيارات ومركبات ونحو ذلك .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٢٤ هامش (٢) .

٦- التوقيع على السندات الإذنية عن الموكل المتعلقة بأعمال الإدارة ،
لأنها وغيرها من الصكوك التجارية الوسيلة الطبيعية لنماء التجارة
وسرعة تداول العروض ، فإذا توقف التاجر الموكل عن دفع ديونه الثابتة
بهذه السندات جاز الحكم بشهر إفلاسه^(١).

٧- استثمار أموال الموكل فيما يرى أنه يعود بالمنفعة عليه ، سواء في
شراء عقارات أو قيم منقولة .

فهو يتطلب منه أن يسهر على ضمان مصلحة الموكل حتى لايتهم
بسوء الإدارة^(٢).

ثانياً: الوكالة الخاصة :

٢٤٧- النص القانوني :

المادة (٧٠٢) مدني :

" ١- لا يحد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ،
وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم
وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

٢- والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح
ولولم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من
التبرعات .

(١) السنهوري ص ٥٥٤ هامش (٦) وما بعدها .

(٢) محمد علي عرقه ص ٢٦٩.

٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى " .

٢٤٨. المقصود بالوكالة الخاصة :

الوكالة الخاصة ، هى تلك التى تلزم لأعمال التصرف والتبرعات ، وكذلك أعمال الإدارة الخاصة على النحو الذى أوضحناه سلفا .

واشتطت الوكالة الخاصة هنا لخطورة أعمال التصرف والتبرع^(١) .

فكل عمل ليس من أعمال الإدارة تلزمه وكالة خاصة.

والوكالة الخاصة يجوز أن ترد على نوع من أنواع التصرفات القانونية، دون تحديد للمحل التصرف الذى ترد عليه ، إذا كان التصرف من المعاولات فيجوز أن ترد الوكالة الخاصة على البيع أو الشراء أو الإقراض أو الصلح أو الرهن أو ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق (وهى أنواع التصرفات القانونية) ، دون تحديد للمحل الذى يرد عليه كل تصرف ، كمنزل معين مثلا فى حالة التوكيل فى الشراء أو البيع .

فالوكالة هنا خاصة فى نوع التصرف وعامة فى محله ، فيجوز للوكيل القيام بهذه التصرفات على كافة أموال الموكل دون التقيد بمال معين. ويجوز أن ترد الوكالة على أكثر من نوع من أنواع التصرفات القانونية ولو وردت فى توكيل واحد ، كأن ترد على البيع والشراء والرهن، طالما أن هذه الأنواع محددة بالوكالة .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٩٨ .

كما يجوز أن تقتصر الوكالة على تصرف واحد من التصرفات السابقة أى ترد على محل محدد ، كأن تكون الوكالة فى بيع منزل معين أو قطعة أرض محددة فىكون التوكيل قاصرا على هذا المحل ، ولا يجوز للتوكيل التذرع بهذه الوكالة فى بيع منزل أو أرض أخرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وأعمال الإدارة يصح أن تكون محلا لوكالة عامة أو لوكالة خاصة كما تقدم . أما أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة لخطورتها . فلا يصح أن يوكل شخص آخر توكيلا عاما فى جميع أعمال التصرفات دون أن يخصص أعمالا معينة ، منها فإن خصص اقتصرت الوكالة على ما خصص ولا تتناول غير ذلك من أعمال التصرفات ، كما إذا وكل شخص آخر فى بيع ماله وفى التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات فلا تتناول الوكالة فى هذه الحالة إلا البيع دون غيره . على أن التوكيل فى البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقا لطبيعته وللعرف الجارى ، فيجوز للتوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع"^(١).

وقد أوردت الفقرة الأولى من المادة أمثلة على التصرفات التى تستوجب الوكالة الخاصة وهى :

١- البيع .

٢- الرهن .

٣- التبرعات .

٤- الصلح .

٥- الإقرار .

٦- التحكيم .

٧- توجيه اليمين ولكن لا يصح القيام بالحلف بواسطة وكيل ، لأن

هذا يتعلق بذمة الخالف ^(١).

٨- المرافعة أمام القضاء .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ويلحق بأعمال التصرفات وجوب أن تكون الوكالة فيها وكالة خاصة، أعمال تنطوي على شيء من الخطورة يعلو بها عن مستوى أعمال الإدارة ، وهذه هي الصلح والإدلاء باعتراف وتوجيه اليمين والدفاع أمام القضاء عن موضوع الحق" ^(٢).

(أنظر في الوكالة في المرافعة أمام القضاء بند ٢٥٢) .

وهناك أمثلة أخرى لم يرد النص عليها بالمادة منها : الرهن والإقراض وترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أى حق عيني آخر أصلى أو تبعي ، أو دفع حصة في شركة ^(٣). وطلب الوكيل إيقاع البيع على موكله ^(٤).

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٢٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٩٨ .

(٣) السنهوري ص ٥٥٨ .

(٤) وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لأن كان طلب الوكيل إيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة تبحي له ذلك إعمالا لنص المادة ٧٠٢ من القانون المدق ، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالة العامة ، وأبرم تصرفا فإن هذا التصرف يكون موقوفا على إجازة =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت الوكالة المراد إثباتها ، صريحة كانت أو ضمنية ، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة ، وكان قطع القطن ونقله إلى استحقاق تال لا يعتبر أيهما من بين هذه الأعمال ولا بد لمن يجريهما نيابة عن صاحب الشأن من أن يكون لديه وكالة خاصة بالبيع لأن هذين الأمرين هما من مقتضيات البيع وتوابعه الضرورية ، ومن ثم فإن إثبات وكالة الابن عن والده في أعمال الإدارة لا تؤدي إلى ثبوت صفة للابن في نقل القطن من استحقاق إلى آخر نيابة عن والده " .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ في جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

٢- " النص في المادة ٢/٧٠٢ من القانون المدنى على أن الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات يدل على أن الوكالة الخاصة في المعاولات يصح أن تصدر دون تحديد محل التصرف ، ولما كان التوكيل الصادر من المطعون عليها الأولى لمخامها

- الموكل ، فإن أقره اعتبرنا نافذا في حقه من وقت إبرامه . وإذا كان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المخامى الذى كان يباشر عنهم إجراءات التنفيذ العقارى ، وطلب إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية ، فإن إجلزتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة ويضحي التصرف صحيحا نافذا في حقهم ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون وتفسيره يكون غير صحيح " .

(طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٤٠ في جلسة ١٩٧٥/١/٢٩)

ينص على أنه له أن يشتري لذمتها العقار المطلوب بيعه فإنه يحوله صفة في أن يشتري عنها الأطيان موضوع التنفيذ عملا بالمادة ٢/٧٠٢ السالف ذكرها دون حاجة إلى أن يعين فيه على وجه التحديد بيان هذه العقارات التي انصب عليها التصرف ، لما كان ذلك فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون لرفض دفاع الطاعنة من أن التوكيل لم يكن يخول الوكيل شراء العقار بجلسة المزاد لأن عبارته غامضة ولا تتضمن تحديدا لموضوعه يكون على غير أسس .

(طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٩ في جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢)

أما إذا كانت الوكالة صادرة لأعمال التبرعات ، كالهبة والوصية والإبراء ، فإنه يجب تحديد المحل الذي ترد عليه الوكالة ، كأن تكون الوكالة في بيع مزرعة معينة أو مصنع محدد أو سيارة بذاتها .

أما إذا وردت الوكالة في أعمال التبرع مطلقا كان التوكيل باطلا .
وقد تشدد المشرع في التبرعات أكثر من المعاوضات لما تنطوي عليه من خطورة أكبر لتجرد الموكل من ملكه أو حقه ، فلا يسوغ ترك الوكيل مطلق اليد في التبرع بما يشاء من أموال الأصيل .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " أما إذا كان العمل تبرعا كالهبة والعارية ، فلا تكفى الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذى يرد عليه العمل القانوني وإذا صح أن يوكل شخص آخر في بيع ماله دون أن يعين المال الذى يباع ، فلا يجوز ذلك في التوكيل في الهبة ، بل يجب أن يعين التوكيل الخاص المال الذى يوهب ، ولا يجوز للوكيل هبة غير هذا المال وذلك لخطورة أعمال التبرعات " .

٢- "ويلاحظ أن تدرج الأعمال في الخطورة يتمشى مع تدرج الوكالة في التخصيص فما كان من الأعمال عclud الخطورة ، كأعمال الإدارة ، تكفى في الوكالة العامة ، فإذا زادت خطورة العمل ، كما في أعمال التصرف وملحقاتها . وجب أن تنخصص الوكالة في نوع العمل القانونى . حتى إذا وصلت الخطورة إلى الذروة ، كما في أعمال التبرع ، وجب أن تنخصص الوكالة في نوع العمل وفي محله " .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الكفالة من عقود التبرع فيجب عملا بالمادتين ٥١٦ و٥١٧ من القانون المدنى أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصورا على الاستدانة ورهن ما يفي الدين من أملاك الموكل. ولا يجوز الاعتماد عليه في أن يكفل الوكيل باسم موكله مدينا وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٤/١)

٢- "تصح الوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال القانونية ولولم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات (م ٢/٧٠٢ مدنى) فإن الوكالة الخاصة فيها لاتصح إلا إذا كان المال محل التبرع معيناً على وجه التخصيص بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصيل، ومن ثم فإذا كان للطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه في

ميراث ولم يعين في عقد الوكالة المال الذى انصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا ، ولو كان الوكيل عالما بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده في ذات سند التوكيل " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٣- " طبقا لحكم المادة ٥١٧ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٢/٧٠٢ من القانون المدنى الحالى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تصح الوكالة الخاصة في أعمال التبرعات إذا كان المال محل التبرع معينا في سند التوكيل " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٨/٣/٦)

٤- " إبراء المطعون ضده من الأجرة عمل تبرعى بالنسبة للطاعنة صاحبة الحق في اقتضاؤها دون الوكيل ، مما كان يلزم لانصراف أثره إليها أن يعين محله على وجه التخصيص في التوكيل الصادر منها عملا بالفقرة الثانية من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى ، والثابت أن التوكيل خلا من هذا التعيين فلا يكون للوكيل سلطة القيام بهذا العمل ، ويكون تنازله عن الأجرة قد وقع باطلا بالنسبة للموكلة " الطاعنة" بعد أن أبرمت مع المطعون ضده عقدى الإيجار بالأجرة المسماة في كل منهما " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٧)

٢٤٩- هل يلزم ذكر محل التبرع في سند الوكالة ؟

كل ما اشترطته المادة ٧٠٢ هو أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص إذا كان هذا التصرف من التبرعات ولا يشير النص إلى ضرورة ذكر محل التبرع في سند الوكالة ، ولما كانت حكمة النص هي حماية

الموكل إزاء الخطورة التي تنسب بها أعمال التبرع فإنه يكفي لتحقيق هذه الحكمة أن يكون الموكل عالما علما كافيا بالمال الذي سيتصرف فيه وكيله على وجه التبرع ، وقد يتوفر هذا العلم لدى الموكل إذا أحال سند الوكالة على وثيقة أخرى صادرة من الموكل وحابية بيانا وافيا للمال محل التصرف^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن حاصل السبب الثاني أن الحكم المطعون فيه خالف قواعد الإثبات إذ تطلب من الطاعنة أن تقيم الدليل على أن التغيير لم يصدر وفق ما تريده الواقعة- حالة أن الواقعة اشترطت في سند التوكيل الذي أجرته للأستاذ قراعة أن يتم التغيير في مصارف الوقف على الوجه الذي تريده وليس في أوراق الدعوى من دليل على أن الواقعة اقترحت التغييرات التي أجراها الأستاذ قراعة في الإشهادات موضوع التداعى أو أنها ارتضتها بعد إجرائها .

وحيث إن هذا النعى مردود بما قرره الحكم الابتدائي الذي أحال إليه الحكم المطعون فيه من أنه " لا يجوز للأصيل إجازة التصرف الصادر باسمه من وكيله إن جاوز نيابته والثابت من التغييرات التي أجراها الأستاذ قراعة الوكيل المذكور أن الواقعة كانت توافق عليها بدليل أنها باعته ما غيره الوكيل مسن إخراج ٣ ف ١٦ ط ٢س وأنها ماتت وهي راضية عن التغيير الأخير بالإشهاد رقم ٧٥ سنة ١٩٥٠ بل ولم تعترض المدعية على أى تغيير حتى وفاة الواقعة حسبما سلف القول وهذا الرضا حتى وفاة

الواقفة هو إقرار منها لما أجراه الوكيل " وما جرى عليه الحكم من ذلك استخلاص موضوعي سائغ ولا غالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٨/٣/٦) (١)

٢٥٠. الوكالة الخاصة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري .

ذلك أن هناك أعمال يتضمنها التوكيل حتما ولم تذكر فيه صراحة لكونها ضرورية لتنفيذ الوكالة (٢).

(١) ولا ينال من ذلك قضاء محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٢/١١/٨ في الطعن رقم ٤٦ لسنة ٢٧ ق من أنه ".... ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه في موارث ولم يعين في عقد الوكالة المال الذي انصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا ، ولو كان الوكيل عالما بالمسأل محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده في ذات سند التوكيل".

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

لأن الظاهر من الحكم أن الأصيل قد لا يكون عالما بعناصر التركة التي تلقى الإرث فيها عالما كافيا ولا عالما بما يدخل في نصيبه بالذات من أموال استركة ولذلك فالوكالة في التنازل عن ذلك النصيب جملة بشوبها عدم تحديد محل التنازل ولا ينفي عن ذلك - كما يقول الحكم - أن يكون الوكيل عالما بالمال محل التبرع فالعبرة في تخصيص الإنابة في التبرعات بالمحل هي بعلم الأصيل لا بعلم النائب (جمال مرسى بئر ص ٢٠٨ وما بعدها) .

(١) محمد على عرفه ص ٣٧٣ وهامش (٢) ونقض فرنسي ١٩٠٦/١١/١٣ الذي

أشار إليه .

فالوكالة في الشراء تشمل تسلم العين المشتراه ، والوكالة في البيع تشمل تسليم المبيع^(١).

والوكالة بقبض الدين تتضمن الوكالة بإعطاء مخالصة به ، وبالتنازل عن التأمينات المقررة لضمائه لأن ذلك من حق المدين الذى يتقدم للوفاء . والوكالة بسداد دين الموكل يشمل الوكالة بالاقتراض لسداد الدين وإحلال الدائن الجديد محل الدائن القديم .

والوكالة بالمرافعة يتيح للوكيل أن ينوب عن موكله في استجواب الخصوم .

والوكالة في بيع أسهم لوفاء دين الموكل يتيح إعطاء هذه الأسهم للدائن في مقابل دينه.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الوكالة في إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة في تمثيل الموكل في الخصومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإضفاء هذه الصفة على الوكيل . فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قدر أن وكالة الطاعنة عن الشركة البائعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنها نائبة عن تلك الشركة في الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النيابة وما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة الأصلية في الدعاوى التى ترفع عليها في الديار المصرية أولا تشمل ذلك ، فإن الحكم بتجهيله حدود النيابة التى قال بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٠ جلسة ١٩٦٥/٦/٣٠)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... على أن التوكيل في البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقا لطبيعته وللعرف الجارى ، فيجوز للوكيل في البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع" ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال القانونية لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى وذلك على ما تقضى به المادة ٧٠٢/٣ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢)

٢- " مودى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو بأعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على سواء وهى وإن اقتصرت على عمل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف الجارى " .

(طعن رقم ١٢٥٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٦)

٣- تختلف سعة الوكالة باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل ومودى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمال قانونية وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على سواء وهى وإن اقتصرت على محل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٩٨ .

الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف السارى ، وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بحاله من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها طالما كان الاستخلاص سائغا " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٤ - " إذا كان البين من مطالعة التوكيل الصادر من المستأجرة الأصلية إلى المطعون ضده الثانى أنه توكيل رسمى تضمن توكيلا خاصا مضافا إليه فيه " البيع والشراء فيما يتعلق بالمنقولات وكل ما هو منقول وثابت والتوقيع على عقد البيع الابتدائى وقبض الثمن فإن نطاق هذه الوكالة يتسع لتصرف المطعون عليه الثانى فى التنازل عن حق الإيجار باعتباره يباع لمنقول " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٢٥١- **الوكالة فى التقاضى (الخصومة) :**

تختلف الوكالة فى التقاضى (الخصومة) عن الوكالة فى المرافعة أمام القضاء .

فالوكالة فى التقاضى (الخصومة) تخضع للقواعد العامة فى الوكالة . وهذه الوكالة تخول الوكيل القيام بكافة ما يتصل بالتقاضى سواء كانت أعمالا سابقة على رفع الدعوى كتوجيه الإنذار أو الإغذار أو التنبيه أو إجراءات رفع الدعوى كإيداع صحتها قلم الكتاب أو تقديم طلبات استصدار الأوامر الوقتية أو أوامر الأداء أو إيداع صحف الدعاوى فى الطعون أو إعلانها أو سداد الرسوم أو استلام الأوراق وصور الأحكام أو

مباشرة إجراءات التنفيذ إلى غير ذلك من إجراءات التقاضى . والأصل عملا بالفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ مدق أن التوكيل فى التقاضى يحول الوكيل ما يقتضيه التقاضى من توابع ضرورية وفقا لطبيعته كأن يحول الوكيل فى التقاضى القيام بكافة ما يتصل بالدعوى أو يثور فيها . وقد أشار إلى ذلك نص المادة ٧٥ من قانون المرافعات الذى ينص على أن التوكيل بالخصومة يحول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها فى درجة التقاضى التى وكل فيها وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف غير أنه يستثنى من ذلك ما ورد بشأنه نص خاص يستلزم تفويضا خاصا أى إيراده بنوعه فى التوكيل ومن ذلك ما تضمنته نص المادة ٧٠٢ مدق من ضرورة صدور توكيل خاص بالإقرار وتوجيه اليمين وما نصت عليه المادة ٧٦ من أنه لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولارد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف يوجب القاضى فيه تفويضا خاصا " (١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " العرض الحقيقي الذى يتبعه الإيداع - سواء أكان هذا العرض على يد محضر أو أمام المحكمة وقت المرافعة - هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة في الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة في استيفاء الحق. لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن عرض المبلغ المذكور في الجلسة على محامى المطعون ضده في غيبة موكله، وإذا كان قبول هذا العرض يعتبر من التصرفات القانونية التى لا يجوز للمحامى مباشرتها إلا إذا كان مفوضاً فيها في عقد الوكالة وكان الثابت من سند وكالة محامى المطعون ضده أنه غير مفوض في قبول العرض ، فإن العرض يكون قد تم على غير ذى صفة في استيفاء الحق ويكون الإيداع المشار إليه بسبب النعى غير مسبوق بإجراءات العرض الحقيقي التى يتطلبها القانون مما لا يعتبر وقاعاً ميراثاً للذمة " .

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٤/٣/١٩٨٣)

٢- "مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى والمادة ٧٦ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كان الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطوقاً على تصرف قانونى هو النزول عن حق فإنه يعد عملاً من أعمال التصرف الذى يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض " .

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ٢٥/١/١٩٩٠)

٣- " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن العرض الحقيقي الذي يتبعه الإيداع هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة في الوفاء المبرر للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة في استيفاء الحق ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم عرضوا بتاريخ ١٩٨٥/٧/٢٤ - مبلغ ٢٥٠ جنيه على محامى الطاعنين كما عرضوا بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٥ مبلغ ١١٧٠ جنيه إلا أنه رفض استلام المبلغين على سند من أنه غير مفوض من الطاعنين في قبض المبلغ المعروض ، وإذا كان قبول العرض يعتبر من التصرفات القانونية التي لا يجوز مباشرتها إلا إذا كان مفوضاً في عقد الوكالة وكان الثابت من سند وكالة محامى الطاعن الأول أنه خلا من تفويض في قبول العرض كما خلت الأوراق من ثمة ما يفيد وكالته أصلاً عن باقى الطاعنين فإن هذا العرض يكون قد تم على غير ذى صفة في استيفاء الحق ومن ثم فإن الإيداع الحاصل من المطعون عليهم لا يعتبر وفاء مبرراً للذمة ولا يرتب أثراً ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بالإيداع المبني على إجراءات عرض غير قانونية فإنه يكون أخطأ في تطبيق القانون .

(طعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٧)

غير أنه لا يشترط في هذه الوكالة أن يكون الوكيل محامياً أو من الأزواج أو الأقارب أو الأصدقاء إلى الدرجة الثالثة ، كما هو الشأن في الوكالة في المرافعة أمام القضاء بالتطبيق للمادة ٧٢ من قانون المرافعات.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حق التقاضى غير المرافعة أمام القضاء ، وحق التقاضى رخصة لكل فرد فى الالتجاء إلى القضاء أما المرافعة أمام القضاء التى تستلزم وكالة خاصة وفقا للمادة ١/٧٠٢ من القانون المدنى - فهى النيابة فى الخصومة للدفاع أمام القضاء وقد اختص بها المشرع أشخاصا معينين حسبما تقضى المادة ٢٥ من قانون المحاماة " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧)

٢- " التوكيل فى الخصومة جائز طبقا للقواعد العامة فى الوكالة ولو لم يكن الوكيل محاميا أو قريبا أو صهرا للموكل . أما ما تنص عليه المادة ٨١ من قانون المرافعات من أنه " فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم أنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين بمقتضى توكيل خاص أو عام وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة " فإن مفاده أن هذه المادة قاصرة على تحديد من يجوز توكيله فى الحضور أمام القضاء وهم المحامون والأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة " .

(طعن رقم ٤١٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٩)

٣- " لئن كان القانون يشترط للمرافعة أمام القضاء وكالة خاصة حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى . واختص بها المشرع أشخاصا معينين واستلزم إثبات هذه الوكالة وفقا لأحكام قانون المحاماة ، تطبيقا لنص المادتين ٧٢ ، ٧٣ من قانون المرافعات، إلا أن الوكالة الخاصة على هذه الصورة ليست شرطا لازما لرفع الدعوى إنيذانا

ببدء استعمال الحق في التقاضى ، باعتبار هذا الحق رخصة لكل فرد في الاستجاء إلى القضاء بما يكون لمحكمة الموضوع في هذا الصدد أن تستخلص من المستندات المقدمة في الدعوى ومن القرائن ومن ظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية في رفع الدعوى إذ كان ذلك وكان دفع الطاعنين محل النعى قد أسس على انتفاء صفة والد المطعون ضده الأول في رفع الدعوى نيابة عنه لبلوغه آنذاك سن الرشد ، واقتصر الدفع على ذلك فحسب - دون أن يمتد إلى الوكالة في الخصومة أمام القضاء وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من سكوت المطعون ضده الأول عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه رغم بلوغه سن الرشد ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى توصلا إلى الحكم له بالطلبات المرفوعة بها موافقته ورضاءه عن إجراء رفع الدعوى الذى اتخذته والده نيابة عنه مما يدل على استناد الوالد في رفعها إلى قيام وكالة ضمنية بينهما فإن ما خلص إليه الحكم يكون سائغا ومؤديا إلى النتيجة التى انتهى إليها دون مخالفة القانون ، ومن ثم يعدو النعى بهذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/٤)

٤- " يجوز للشخص أن يباشر تصرفاته القانونية بنفسه أو بمن ينوب عنه قانونا سواء أكانت هذه النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية ، فإن التوكيل في إقامة الخصومة أمام القضاء جائز طبقا للقواعد العامة في الوكالة ولولم يكن الوكيل محاميا أو قريبا أو صهرا للموكل حتى الدرجة

الثالثة على ما نصت عليه المادة ٧٢ من قانون المرافعات ، لأن حكم هذه المادة قاصر على من يجوز توكيله في الحضور أمام القضاء .

(طعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٤/٢٧)

ولذلك يجوز إقامة الدعوى من الوكيل إذا أفصح عن صفته واسم موكله .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان يبين من حكم محكمة أول درجة أن الدعوى أقيمت من شخص بصفة وليا على ولده ووكيلا عن آخرين فإن الخصومة تكون قد انعقدت صحيحة بين المدعين والمدعى عليه ويكون التمسك بقاعدة "لايجوز لأحد أن يخاصم بوكيل عنه" في غير موضعه ذلك أنه لا محل لإعمال هذه القاعدة عندما يفصح الوكيل عن صفته وعن اسم موكله " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٢- " الإعلانات التي توجه من الوكيل أو إليه تعد موجهة من الموكل أو إليه متى تمت في حدود الوكالة واقترن فيها اسم الوكيل باسم الموكل، وإذا رفعت الدعوى من شخص أو على شخص بصفته وكيلا عن غيره فإن الأصل يكون هو الخصم فيها ، كما أن الحكم الصادر في هذه الدعوى للوكيل أو عليه بصفته هذه يكون صادرا للأصيل أو عليه " .

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

٢٥٢- الوكالة في المرافعة أمام القضاء :

١- رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدني توجب وكالة خاصة

في (المرافعة أمام القضاء) .

والمقصود بالمرافعة أمام القضاء تمثيل الخصم في الحضور أمام المحكمة والدفاع عنه وما يستلزمه ذلك من إجراءات . وقد سبق أن أوضحنا أن التوكيل بالخصومة يتول الوكيل سلطة القيام بالأعمال المذكورة بالمادة ٧٥ مرافعات عدا ما يستلزم فيه القانون تفويضا خاصا على النحو الذى فصلته المادة ٧٦ مرافعات .

وقد نصت المادة ٧٢ مرافعات على أن : فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يوكلونه من أزواجهم وأقاربهم وأصهارهم إلى الدرجة الثالثة " .

كما نصت المادة ١٣٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أن : " للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين فى أن ينيبوا عنهم فى المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة " .

وعلى ذلك فحق الحضور أمام المحاكم مقصور على الخصوم أنفسهم، أو من يوكلونه من المحامين . وتكون وكالة المحامين وحضورهم طبقا للأحكام المنصوص عليها فى قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين فى أن ينيبوا عنهم فى المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة .

أى أن وكالة الأزواج والأقارب المذكورين فى الحضور أمام المحاكم يجب أن تكون بإذن المحكمة .

وحق المحكمة في هذا الإذن مطلق يرجع إلى تقديرها تراعى فيه ظروف الدعوى وظروف الموكل وحالة الوكيل وما إذا كان يستطيع أن يعرض وجهة نظر موكله أم لا ، فإذا رأت أنه غير كفء لهذه الوكالة رفضت وكالته^(١).

ويعتبر إثبات المحكمة وكالتهم بمحضر الجلسة قبولا لو كالتهم .
وتحسب درجة القرابة طبقا لما نصت عليه المادة ٣٦ مدني من أنه :
"يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة " .
أما بالنسبة للقرابة بالمصاهرة ، فقد نصت المادة ٣٧ مدني على أن :
"أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر " .

٢- يكون حضور المحامي أمام المحكمة إما بموجب توكيل عام أى يخول الحضور عن الموكل في كافة الدعاوى والطعون وإما بموجب توكيل خاص وهو الذى يخول الوكيل الصفة في الحضور عن الموكل في دعوى معينة أو طعن بذاته . والتوكيل العام والخاص يخولان الوكيل القيام بكافة ما يفرضه الدفاع في الدعوى أو الطعن .

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص ٣٣٦- الدكتور

عاشور مبروك النظام القانوني لمثل الخصوم أمام القضاء المدني الطبعة الأولى

وهذا التوكيل يجب أن يكون موثقا بالشهر العقاري سواء كان توكيلا رسميا أو عرفيا مصدقا على توقيع الموكل فيه. وكان نص المادة ٨١ من التقنين السابق ينص على ذلك صراحة ولكن نص التقنين الحالي أسقط عبارة "بمقتضى توكيل خاص أو عام" اكتفاء بأحكام قانون المحاماة في هذا الصدد - وقد جرت نصوص قوانين المحاماة المتعاقبة على النص على أن يكون حضور المحامي عن موكله في الجلسة بموجب توكيل عام يخوله الحضور عن الموكل في كافة الدعاوى إلا أن نص المادة ٥٧ من قانون المحاماة الحالي - كما سنرى - لم تشر إلى ذلك ، وإنما نصت على أن لا يلتزم المحامي الذى يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام أن يودع التوكيل بملف الدعوى ويكتفى بالاطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة .

أما إذا كان التوكيل خاصا بدعوى بذاتها أودع التوكيل ملف الدعوى.

ويسرى ما تقدم على وكالة غير المحامين عن الخصوم .
وللمحكمة عند الضرورة أن ترخص للوكيل في إثبات وكالته في ميعاد تحدده على أن يتم ذلك في جلسة المرافعة على الأكثر (٧٣م مرافعات) .
وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أنه :

" عدل المشروع في المادة ٧٢ منه من صياغة المادة ٨٢ المقابلة لها في القانون القائم على نحو يبرز معه أنه يقع على الوكيل الحاضر عن الخصم

واجبان أساسيان أولهما أن يقرر حضوره عن محضه في محضر الجلسة وذلك حتى تتحدد صفة الموكل الذى يمثلها بها ، وثانيهما أن يثبت قبل جلسة المرافعة وكالته عن قرر حضوره عنه ، ولم ير المشروع أن يتعرض لطرق إثبات هذه الوكالة مكتفيا في ذلك بالإحالة إلى قانون المحاماة الذى نظم الأمر في المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، ويلاحظ في هذا الصدد أن الإحالة إلى مضمون الأحكام التى نصت عليها تلك المواد غير مقصورة على من وجهت الخطاب إليهم فيها ، فيسرى حكمها على إثبات وكالة كل من يجوز حضوره عن الخصم ولو لم يكن محاميا ، وهو ما أدى إلى الاستغناء عن حكم الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من القانون القائم التى كانت تجيز إعطاء التوكيل في الجلسة إذ أن حكمها مقرر في المادة ٢٧ من قانون المحاماة المشار إليه " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " إن تمثيل المحامي للخصم في الجلسة يجب - عملا بنص المادة ٢٦ من قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٩ - أن يكون بمقتضى توكيل رسمي أو مصدق على التوقيع عليه . فإذا لم يكن بيد المحامي توكيل من هذا القبيل كانت المحكمة على حق إذ هى اعتبرت الخصم الذى جاء المحامي ليمثله غائبا وقضت في الدعوى على هذا الاعتبار " .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/١/٢١)

(ب) - " اشترط للمشرع في المادة ٧٠٢ من القانون المدنى وجسود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكف بالوكالة العامة . ومن ثم فلا

يكفى القول بقيام فضالة في التقاضى إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة .
وإذا كانت لجنة الطعن تختص بالفصل في خصومة بين الممول ومصلحة
الضرائب فإنه لا يكفى لاعتبار الخصومة قائمة أمامها تمثيل الممول فيها
بطريق الفضالة " .

(طعن رقم ٣١٦ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/١٩)

(ج) - " مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من القانون
المدين والمادة ٨١١ من قانون المرافعات أنه إذا كان الإقرار الصادر من
الوكيل أمام القضاء منظوياً على تصرف قانوني ، هو النزول عن حق ،
فإنه يعد عملاً من أعمال التصرف التي يتعين أن يصدر بها توكيل
خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض " .

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)

(د) - " مؤدى المواد ٧٢ و ٧٥ و ٧٦ من قانون المرافعات الحالي رقم
١٣ لسنة ١٩٦٨ أن من حق الخصم ألا يمثل أمام المحكمة بشخصه فينيب
عنه في ذلك وكيلاً إلا في الحالات التي ينص عليها القانون ، ومن المقرر
أن الوكالة بالخصومة أمام القضاء وإن كانت تخول الوكيل سلطة القيام
بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها إلا أنها
لا تجزئ له الصلح بغير تفويض خاص يذكر بلفظه في التوكيل " .

(طعن رقم ١٨ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

(هـ) - " إذا كان الثابت أن سند التوكيل قد ذكر به أنه خاص
بالقضية المنظورة أمام محكمة النقض ولما كان النزاع المطروح في الطعن

خاصا بعقد واحد رفعت بشأنه دعويان إحداها بفسخه والأخرى بصحته ونفاذه وكان البين أن دعوى فسخ العقد والدعوى التى تستهدف تنفيذه بنقل الملكية إلى المشتري فيه يعتبران فى حقيقتهما وجهين لنزاع واحد فإن تخصيص الوكالة بالقضية المنظورة أمام محكمة النقض إنما ينصرف إلى النزاع المتعلق بالعقد بوجهيه تنفيذه أو فسخه ومن ثم يكون الدفع - بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفة - متعين الرفض " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)

(و) - " النص فى المادة ٧٣ من قانون المرافعات والفقرة الثانية من المادة ٨٩ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يدل - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات - على أنه يقع على الوكيل الحاضر عن موكله واجبان أساسيان أولهما : أن يقرر حضوره عنه فى محضر الجلسة حتى تتحدد صفة الموكل التى يمثل بها ، وثانيهما : أن يثبت قبل المرافعة وكالته عمن قرر حضوره عنه بإيداع التوكيل بملف الدعوى إذا كان خاصا والاقتصار على إثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة إن كان عاما . وإذ كان ذلك ، وكان البين من محاضر جلسات محكمة الاستئناف المودعة صورتها الرسمية فى ملف الطعن أنها خللت من دليل إثبات وكالة المحامى عن الطاعن الذى أنكر وكالته عنه . وكانت المحكمة بعد أن حجزت الدعوى للحكم بجلسة ١٩٧٦/٣/٢٢ عادت وأعادتها للمرافعة بجلسة ١٩٧٦/٥/٢٣ دون أن تعلن الطاعن بالجلسة المذكورة ، واعتبرت النطق بقرارها إعلانا له ولم

يحضر الطاعن بتلك الجلسة أو أية جلسة تالية إلى أن صدر الحكم المطعون فيه ، فإن هذا الحكم يكون باطلا بما يوجب نقضه ولا يمنع من ذلك حضور محام قرر بجلسته ١٩٧٧/١/١٦ أنه يحضر عن الطاعن عن محام آخر مادام أنه لم يثبت وكالة الأخير عنه ، تلك الوكالة التي جحدتها الطاعن "

(طعن رقم ١١٦٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٩)

(ز)- " مؤدى ما نصت عليه المادة ٧٣ من قانون المرافعات والفقرة الثانية من المادة ٨٩ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الذى يحكم الواقعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يجب على الوكيل الحاضر عن موكله أن يثبت وكالته عنه ، بإيداع التوكيل ملف الدعوى إن كان خاصا أو إثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة إن كان عاما " .

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٩ - لم ينشر)

(ل)- " المشرع لم يتطلب أن يكون المحامى الموقع على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة مفوضا تفويضا خاصا فى هذا الشأن ، أو حتى موكللا فى ذلك بتوكيل سابق " .

(طعن رقم ١٨٣٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩)

ويجب لاعتبار التوكيل المصدق عليه بإحدى القنصليات المصرية فى الخارج توكيلا موثقا أن تعتمد وزارة الخارجية توقيع من باشر التصديق عليه فى الخارج.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات على أن يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض ، مما مؤداه أن التوكيل بالطعن بطريق النقض يعتبر من الإجراءات المتعلقة بهذا الطعن ، ولما كانت المادة ٢٢ من القانون المدنى تقضى بأن يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تبأشر فيه تلك الإجراءات وكان البين من التوكيل الصادر من الطاعن إلى المحامى الذى رفع الطعن أنه حرر فى دولة قطر وتم التصديق على إمضاء الطاعن بقنصلية مصر بالدوحة ، فإن هذا التوكيل يتعين أن يتم وفقا لما يتطلبه القانون المصرى ، لما كان ذلك وكانت المادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ بإصدار قانون نظام السلكيين الدبلوماسى والقنصلى قبل إلغائه بالقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ .

قد ناطت بأعضاء بعثات التمثيل القنصلى بعض الاختصاصات ، من بينها التصديق على توقعات المصريين ، واشترطت أن يتم ذلك باتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية ، وكان قرار وزير الخارجية المصرية الصادر فى يوليو سنة ١٩٧٧ بناء على القانون سالف الذكر والقانون رقم ٤٣٥ لسنة ١٩٥٥ بتنظيم وزارة الخارجية - قد حدد الاجراءات التى يتم بها التصديق على المحررات الموقع عليها من المصريين المتواجدين بالخارج ويرغبون فى تقديمها إلى السلطات الرسمية المصرية أو الأجنبية وأوجب على أعضاء البعثات المخوليين حق مباشرة الأعمال القنصلية بصفة عامة والتصديق على المحررات بصفة خاصة - موافاة وزارة الخارجية بثلاث

صور من نماذج توقيعاتهم باللغتين العربية والإنجليزية مقرونة بالخاتم المستعمل للتصديق على النموذج المعد لهذا الغرض ، حتى تقوم وزارة الخارجية باعتماد التصديقات التي تقوم بها تلك البعثات في الخارج للتحقق من سلامة إجراءات التصديق وحق من يشره في إجراءاته ، مما مفاده ضرورة اعتماد وزارة الخارجية لتوقيع من يشر إجراءات التصديق خارج مصر حتى تستوفى هذه الإجراءات الشكل القانوني لها ويمكن الاحتجاج بها ، لما كان ما تقدم وكان التوكيل آنف الذكر قد خلا من اعتماد وزارة الخارجية المصرية لتوقيع القنصل المصرى الذى صدق على توقيع الطاعن خارج مصر فإنه لا يعتبر توكيلا موثقا وفقا لأحكام القانون المصرى " .

(طعن رقم ٩١٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢١)

٥- كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة (٧٩م مرافعات) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " النص في المادة ٧٩ من قانون المرافعات على أن " كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة " يدل على أن كل ما يصدر عن الوكيل في حضور موكله يكون حجة على الآخر إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة " .

(طعان رقما ١٢٨ و ٥٤٩ لسنة ٦٥ جلسة ١٩٩٦/٦/٢٠)

(ب) - " إذا كان الثابت بمحضر جلسة ١٥/٣/١٩٩٠ حضور الطاعن بشخصه وقدم محاميه مذكرة أقر فيها بإدراج اسم المطعون ضده في ترخيص المخبز ، ولم يعترض الطاعن على هذا الإقرار أثناء نظر القضية بالجلسة ، فإن هذا الإقرار يعد حجة على الطاعن بما ورد فيه حتى ولو كان المحامي حاضرا عنه بغير توكيل ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بهذا الوجه من أن توكيل محاميه لا يبيح له الإقرار يضحى - أيما كان وجه الرأى في الدعوى - غير منتج ، ويكون النعى على المحكم المطعون فيه بهذا الوجه على غير أساس " .

(طعن رقم ١٢٨، ٥٤٩ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٥/٦/١٩٩٦)

(ج) - " النص في المادة ٧٩ من قانون المرافعات على أن " كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة ، يدل على أن كل ما يصدر من الوكيل في حضور موكله يكون حجة على الأخير إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة " .

(طعن رقم ٦٦١١ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٢/١٠/١٩٩٦)

٦- للمحامي سواء كان خصما أصليا أو وكيلًا في دعوى أن ينيب عنه في الحضور أو في المرافعات أو في غير ذلك من إجراءات التقاضى محاميا آخر تحت مسئولته دون توكيل خاص ما لم يكن في التوكيل ما يمنع ذلك (م ٥٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) .
وهذه الإنابة لا تستوجب توكيلا مكتوبا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد النص في المادة ٧٣ من قانون المرافعات والمادة ٢/٨٩ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ المعدل- المنطبق على واقعة الدعوى - يبدل- وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات - على أن المشرع لم يتعرض في قانون المرافعات لطرق إثبات الوكالة مكتفياً في ذلك بالإحالة إلى قانون المحاماة الذي بينت أحكامه طريقة إثبات الوكالة. لما كان ذلك وكان حضور محام عن زميله أمام المحكمة لا يستوجب توكيلاً مكتوباً مادام أن المحامي الأخير موكل من الخصم وكان الثابت بالأوراق أن الأستاذ (.....) وكيل عن الطاعن بالتوكيل رقم (....) عام الزيتون فإن حضور الأستاذة (....) عنه أمام محكمة أول درجة على نحو ما أثبت بمحضر جلسة (....) يكون قد صادف صحيح الواقع والقانون ولا يغير من هذا النظر أن الحاضرة عن زميلها الوكيل الأصلي لم تلتزم بما جاء بالمادة ٢/٨٩ من قانون المحاماة سالف البيان إذ أن عدم ذكرها بيانات التوكيل - ولكن كان قد يعد خطأ يعرضها للمساءلة التأديبية - إلا أنه لا يغير من حقيقة وجود وكالة للأستاذ (....) عن الطاعن على النحو سالف البيان وأن زميلة حضرت عنه بهذه الصفة " .

(طعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١)

٧- لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله .

(أنظر الأحكام المنشورة في بند ٢٥٧)

٨- مباشرة المحامي للإجراءات نيابة عن موكله لا يستلزم حصوله على سند بالوكالة قبل مباشرته للإجراء ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . فيكون صحيحا تحرير المحامي صحيفة الدعوى والتوقيع عليها وإيداعها قلم الكتاب ومباشرة إعلانها قبل الحصول على سند الوكالة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " المحامي الذى يحرر صحيفة افتتاح الدعوى أو عريضة الاستئناف ويعلتها للخصم بغير أن يكون بيده حيفذ توكيل بذلك ممن كلفه لا يمكن - بحسب العرف الجازى - اعتبار أنه لم تكن له صفة فى عمل الورقة مجرد أن التوكيل الذى أعطى له من ذوى الشأن لم يحرر إلا بعد تاريخ إعلان الورقة المذكورة ، بل يجب - مراعاة للعرف - اعتبار تلك الورقة صادرة فعلا من ذوى الشأن فيها منتجة لكل آثارها . وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة ، أو لم يرسل وكىلا ثابتة وكالته بالطريقة القانونية ، سواء أكان هو المحامى الذى حرر الورقة واتخذ فيها مكتبه محلا مختارا لذى الشأن فى الورقة أم كان محاميا آخر خلافه ، فإن المعول عليه الوحيد فى حفظ حقوق الخصوم هو ما خوله القانون لهم من حق إبطال المرافعة . أما الطعن فى صفة المحامى لحضوره أول مرة من غير توكيل ، واعتبار أن فقدته صفة النيابة ينسحب إلى وقت تحرير الورقة وإعلانها واستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك فى الورقة ولم يرض بها ، فكل هذا تجاوز فى الاستدلال ضار بحقوق الناس لما فيه من التدخل بغير موجب فى علاقة ذوى الشأن بوكلائهم

تلك العلاقة التي لا يجوز للقضاء التدخل فيها إلا في صورة إنكار ذوى الشأن لو كالة وكيله (Desaveu) .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٤ ق جلسة ١٨/٤/١٩٣٥)

(ب)- " مباشرة المحامى للدعوى بتكليف من ذوى الشأن قبل صدور توكيل له منهم بذلك ، لا يؤثر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - فى سلامة الإجراءات التى يتخذها فيها ، إلا إذا أنكر صاحب الشأن توكيله لذلك المحامى ، لما كان ذلك فإنه لا تثير على محكمة أول درجة إن هى عولت على المذكرة المقدمة لها من المطعون ضده أثناء حجز القضية للحكم " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٠/١١/١٩٧٠)

(ج)- " إذ كان القانون لم يتطلب أن يكون بيد المحامى الذى يمرر صحيفة الاستئناف توكيلا من ذوى الشأن عند تحريرها وإعلائها ، فإنه لا يؤثر فى سلامة إقامة الاستئناف من الطاعن والموقع عليه من محاميه عدم ثبوت وكالة محاميه عنه قبل إقامة الاستئناف الذى يكون قد أقيم بإجراءات سليمة ومنتجا لكل آثاره لأن القانون لا يستلزم ثبوت وكالة الوكيل عن موكله وفقا لأحكام قانون المحاماة إلا فى الحضور عنه أمام المحكمة حسبما تقضى المادة ٧٣ من قانون المرافعات ، لما كان ذلك ، وكانت الأوراق خالية مما يفيد إنكار الطاعن تكليف الأستاذ... المحامى بتحرير صحيفة الاستئناف وإعلائها ولا يوجد ما يفيد إنكار وجود وكالة بينهما فإن الاستئناف يكون قد أقيم ممن له صفة فى رفعه ، وكانت المادة

٨٢ من قانون المرافعات مؤداها أن المشرع أورد قاعدة مستحدثة مقتضاها أنه إذا تغيب المدعى والمدعى عليه وجب على المحكمة أن تحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها طالما أبدى الخصوم أقوالهم وإلا قررت شطبها إذ كان ذلك ، وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت إلى عدم وجود سند وكالة مع المحامي الحاضر عن الطاعن أمامها فإن المستئناف يكون قد تخلف عن الحضور أمامها فكان يتعين عليها إما أن تفصل في الاستئناف إذا كان صالحا للفصل فيه أو تقرر شطب الاستئناف وفقا للسلطة المقررة لها في المادة ٨٢ من قانون المرافعات ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم قبول الاستئناف لرفعه من غير ذى صفة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٩٢/٣/١٦)

٢٥٢ - درجة قيد المحامي الذي تجوز له الوكالة في الحضور أمام المحاكم :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة على أن : " ويجوز له (المحامي تحت التمرين) الحضور أمام المحاكم الجزئية باسم المحامي الذي يترن بمكتبه أو عن محامي الإدارة القانونية التي ألحق بها دون أن يكون له الحق في أن يوقع صحف دعاوى أو المذكرات أو الأوراق التي تقدم إلى المحاكم المذكورة أو إلى مكاتب الشهر والتوثيق أو مكاتب السجل التجاري أو أن يعد عقودا باسمه " .

وتنص المادة ٢٦ على أن : " للمحامي تحت التمرين في السنة الثانية أن يترافع باسمه أمام المحاكم الجزئية - فيما عدا محاكم أمن الدولة والمحاكم

المستعجلة - وذلك تحت إشراف المحامى الذى التحق بمكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها .

كما يجوز له الحضور باسم المحامى الذى يتمرن فى مكتبه فى الجنايات .

ويجوز له الحضور أمام المحاكم الابتدائية عن المحامى الذى يتمرن فى مكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها .

كما يجوز له الحضور أمام هذه المحاكم عن محام آخر لإبداء طلب التأجيل .

كما يجوز له أن يعد باسمه العقود التى لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه والتى لاحتياج إلى شهر أو توثيق .

وفى جميع الأحوال لا يجوز للمحامى تحت التمرين تقديم فئوى كتابية باسمه أو التوقيع على العقود التى تقدم إلى الشهر العقارى فيما عدا طلبات إثبات التاريخ " .

وتنص المادة ١/٣٤ على أن :

" يجوز للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية أن يفتح مكتباً باسمه منفرداً أو مع غيره ، ويكون حضوره أمام المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية التى تناظرها ويجوز له الحضور أمام محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام هذه المحاكم وعلى مسؤوليته كما يكون له أن يحضر باسمه فى سائر التحقيقات التى تجريها النيابة العامة " .

وتنص المادة ٣٧ على أن : " للمحامى المقيد بجدول محاكم الاستئناف حق الحضور والمرافعة أمام جميع محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى، ولا يجوز قبول صحف الدعاوى أمام هذه المحاكم وما يعادها إلا إذا كان موقعا عليها منه . وإلا حكم بطلان الصحيفة . ويكون للمحامى أمام محاكم الاستئناف حق الحضور والمرافعة أمام جميع المحاكم فيما عدا محاكم النقض والإدارية العليا والدستورية العليا . كما يكون إلخ " .

وتنص المادة ٣٨ على أن : " ينشأ جدول خاص للمحامين المقبولين أمام محكمة النقض وما يعادها وتعد المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا فى ذلك معادلة لمحكمة النقض " .
ويسين من النصوص السابقة أن حق المحامين للوكالة فى الحضور أمام المحاكم كالاتى :

١- المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية التى تناظرها:

تكون الوكالة للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية . كما يجوز لهذا المحامى الحضور أمام محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام هذه المحاكم وعلى مسئوليته .
وبالنسبة للمحاكم الجزئية ، تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامى تحت التمرين فى السنة الأولى أمام المحاكم الجزئية باسم المحامى الذى يتمرن بمكتبه أو عن محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها بالنسبة لمحامى

الإدارات القانونية ، دون أن يكون له الحق في أن يوقع صحف الدعاوى أو المذكرات أو الأوراق التي تقدم إلى المحاكم المذكورة .

أما في السنة الثانية فله الوكالة في الحضور أمام المحاكم الجزئية - فيما عدا محاكم أمن الدولة والمحاكم المستعجلة - وذلك تحت إشراف المحامي الذي التحق بمكتبه أو بمحامي الإدارة القانونية التي ألحق بها .

أما عن حضور المحامي تحت التمرين أمام المحاكم الابتدائية فيجوز له في السنة الثانية الحضور أمامها عن المحامي الذي يتمرن في مكتبه أو محامي الإدارة القانونية التي ألحق بها .

كما تجوز له الوكالة للحضور أمامها عن محام آخر لإبداء طلب التأجيل .

كما تجوز الوكالة في الحضور أمام المحاكم الابتدائية والجزئية للمحامين المقيدين أمام محاكم الاستئناف والنقض .

٢- بالنسبة لمحاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإداري:

تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامي المقيّد بجدول محاكم الاستئناف.

ويجوز للمحامي المقيّد أمام المحاكم الابتدائية الحضور أمامها نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام محاكم الاستئناف وعلى مسؤوليته .

كما يجوز ذلك للمحامي المقيّد أمام محكمة النقض .

٣- بالنسبة لمحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا :

تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامي المقيّد بجدول محكمة النقض.

وقد أشرنا إلى أن للمحامي المقيّد بمجدول محكمة النقض حق الوكالة في الحضور أمام جميع المحاكم الأخرى .

وكانت المادة ٥٣ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ (الملغى) تنص على أنه : " لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بمحكمة النقض أو محاكم الاستئناف أو مجلس الدولة أو إدارة قضايا الحكومة أو من في درجته في النيابة العامة أو النيابة الإدارية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ، ومحاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى .

ولايسرى هذا الحظر على المحامين المقيدين لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون " .

وكان لا يترتب على مخالفة هذا الحظر تجريد العمل الذى قام به المحامى من آثاره القانونية والنيل من صحته ، وإنما ترتب المخالفة مسؤولية المحامى تأديبياً .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكم لها صادر بتاريخ ١٩٨٨/٥/٩ فى الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٥١ ق ذهب فيه إلى أن :

"النص فى المادة ٥٣ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ - والمطبق على واقعة الدعوى - على أنه : " لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بمحكمة النقض أو محاكم الاستئناف أو مجلس الدولة أو إدارة قضايا الحكومة أو من فى درجته فى النيابة العامة أو النيابة الإدارية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة

النقض والمحكمة الإدارية العليا ومحاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإداري ولايسرى هذا الخطر على المحامين المقيدین لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون " يدل على أن الشارع لم يضع شرطاً من شروط صحة العمل الذي يقوم به المحامي الذي كان يعمل بالجهات الواردة بالنص بل أصدر إليه أمراً لا تعدو مخالفته أن تكون مهنية تقع تحت طائلة الجزاء الإداري ولا تستتبع تجريد العمل الذي قام به المحامي من آثاره القانونية ولاتنال من صحته متى تم وفقاً للأوضاع التي تطلبها القانون، وكل ما يترتب على هذا الخطر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توقيع العقوبات التأديبية التي نص عليها القانون ، لما كان ذلك فلا يترتب على مباشرة محامي المطعون ضده الأول الذي شغل منصب مستشار بإدارة قضايا الحكومة إجراءات الدعوى أمام المحكمة الابتدائية أى بطلان سواء في إجراءاتها أو الحكم الصادر فيها " .

ولما صدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ (بشأن إصدار قانون المحاماة) نص في المادة ١٥ منه على أنه : " لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بإحدى الهيئات القضائية وأساتذة القانون بالجامعات المصرية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الاستئناف وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإداري .

ولايسرى هذا الخطر على المحامين المقيدین لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون . ويقع باطلا كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة " .

وواضح من النص أن المادة نصت على البطلان جزاء على مخالفة أحكامها، فيترتب على توقيع أحد ممن ورد ذكرهم بالمادة صحيفة دعوى مرفوعة أمام محكمة ابتدائية أو محكمة جزئية بطلان صحيفة الدعوى كما يعتبر حضورهم أمام هذه المحاكم باطلاً غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ ١٦/٥/١٩٩٢ في القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" (المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٣ في ٤ يولية سنة ١٩٩٢) . بعدم دستورية المادة (١٥) ساقفة الذكر. ونورد فيما يلي أسباب الحكم كاملة .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى الثاني كان قد أقام الدعوى رقم ١٢٠٧٤ لسنة ١٩٨٩ مدنى كلى أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية ضد المدعى عليهما الثالثة والرابع ، وفيها حضر المدعى الأول مدافعاً عن المدعى الثاني ، وإذ نعى المدعى عليهما على إجراءات الدعوى بطلانها استناداً إلى أن المدعى الأول كان وزيراً سابقاً للعدل ويشغل حالياً منصب أستاذ القانون العام بجامعة الاسكندرية ، ولا يجوز بالتالى أن يمارس المحاماة أمام المحاكم الابتدائية عملاً بنص المادة (١٥) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، فقد دفع الطاعن بعدم دستورية تلك المادة ، وصرحت له المحكمة برفع الدعوى الدستورية ، فأقام الدعوى الماثلة .

وحيث أن الفقرة الأولى من المادة (١٥) من قانون المحاماة المشار إليه التى تنص على أنه " لايجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار

بإحدى الهيئات القضائية وأساتذة القانون بالجامعات المصرية ، أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإداري" كما تنص فقرتها الثانية على ألا يسرى هذا الحظر على المحامين المقيدین لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون . وتنص فقرتها الثالثة على أن يقع باطلاً كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة .

وحيث أن المدعين ينعان على هذه المادة مخالفتها لنص المادتين (٤٠) ، (٦٩) من الدستور ، التي تكفل أولاهما مبدأ المساواة أمام القانون ، وتقرر الثانية أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ، وذلك قولاً منهما بأن النص المطعون فيه حرم من المرافعة لدى المحاكم الجزئية والابتدائية الوزراء ومستشاري الهيئات القضائية السابقين وأساتذة القانون بالجامعات المصرية، وكفل في الوقت ذاته لمن عداهم من المحامين ممارسة المحاماة لدى المحاكم جميعاً وبالنسبة إلى درجات التقاضي على اختلافها ، مقيماً بذلك تمييزاً تحكيمياً بين هؤلاء وأولئك رغم تماثل مراكزهم القانونية وخضوعهم جميعاً لذات الواجبات التي فرضها عليهم قانون المحاماة ، وبالتالي أنحل هذا التمييز بنص المادة (٤٠) من الدستور وكذلك بما كفلته المادة (٦٩) لكل متقاض من الحق في اختيار محاميه الذي يتق في قدراته القانونية ومستواه الخلقى . هذا بالإضافة إلى أن النص المطعون فيه يعكس انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية في أبلغ صورة وأكثرها بحفاة للمصلحة العامة وخروجاً عليها ، ذلك أن ما قصد إليه النص المطعون فيه

من استبعاد فئة بذلتها من المحامين من المرافعة لدى المحاكم الجزئية والابتدائية ، لا يبدو مجرد الرغبة في التضييق عليهم في الرزق إضراراً بهم ، ومحاياة للآخرين ، وهو ما تؤكد غرابة القيود التي أتى بها النص الطعين، إذ لا تعرفها تشريعات النقابات المهنية الأخرى .

وحيث إن ما ينهه المدعيان من مخالفة النص المطعون فيه للمادة (٦٩) من الدستور ، في محله ، ذلك أن الدستور نظم حق الدفاع محدداً بعض جوانبه مقررأ كفالاته كضمانة مبدئية أولية لعدم الإخلال بالحرية الشخصية ولصون الحقوق والحريات جميعاً سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور أو التي قررتها التشريعات المعمول بها فأورد في شأن هذا الحق حكماً قاطعاً حين نص في الفقرة الأولى من المادة (٦٩) من الدستور على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ، ثم خطا الدستور خطوة أبعد بإقراره الفقرة الثانية منها التي تنص على أن تكفل الدولة لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم مخولاً المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملزمة التي يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحرياتهم من خلال تأمين ضمانة الدفاع عنها ، وهي بعد ضمانة لازمة كلما كان حضور المحامي في ذاته ضرورياً كراذع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئتين إلى انتفاء الرقابة على أعمالهم أو غفوتها ، بما مؤداه أن ضمانة الدفاع لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها ، بل تمتد كذلك مظلتها وما يتصل بها من أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها التي يمكن أن تحد

نتيجتها المصير النهائي لمن قبض عليه أو اعتقل وتجعل بعدئذ من محاكمته إطاراً شكلياً لا يرد عنه ضرراً ، وبوجه خاص كلما أقر بالخداع أو الإغواء بما يدينه ، أو تعرض لومبائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته ، بعد انتزاعه من محيطه وتقييد حريته على وجه أو آخر وتوكيداً لهذا الاتجاه وفي إطاره ، خول الدستور في المادة (٧١) منه كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون ، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه في الحصول على المشورة القانونية التي يطلبها ممن يختاره من المحامين ، وهي مشورة لازمة توفر له سياجاً من الثقة والاطمئنان ، وتمده بالمعاونة الفعالة لمواجهة القيود التي فرضتها السلطة العامة على حريته الشخصية والتي لايجوز معها الفصل بينه وبين محاميه " بما يسعى إلى مركزة " سواء أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله وضمانة الدفاع هذه هي التي اعتبرها الدستور ركناً جوهرياً في المحاكمة المنصفة التي تطلبها في المادة (٦٧) منه كإطار للفصل في كل اتهام جنائي تقديراً بأن صون النظام الاجتماعي ينفيه أن تكون القواعد التي تقررها الدولة في مجال الفصل في هذا الاتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة ، وأن إنكارضمانة الدفاع أو فرض قيود تحد منها يخل بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة والتي تعكس نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية ، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها . كما ينال الإخلال بضمانة

الدفاع من أصل البراءة ، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائماً من الناحية الدستورية - ولضمان فعاليته - بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر كذلك - ومن ناحية أخرى - وثيقة الصلة بالحق في الدفاع وتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتاً للجرمة، والحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمها ، وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وقررتة النصوص الصريحة للتعديل السادس للدستور الأمريكي والمادة (٦) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان . متى كان ذلك ، وكانت الفقرة الأولى من المادة (٦٧) من الدستور التي افترض بموجبها براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانات الدفاع ، تعكس الموازنة التي أجراها بين حق الفرد في الحرية من ناحية وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى ، وكان المتهم بجنابة غالباً ما يكون مضطرباً ، مهدداً بإدانته بارتكابها وبأن تفرض عليه عقوبة متناسبة مع خطورة الجريمة إذا أساء عرض دفاعه وأعوزته الحجة القانونية ، وهو ما يقع في الأرجح إذا حرم من حقه في الاتصال بمحاميه في حرية وفي غير حضور أحد ، أو افتقد المعاونة الفعالة التي يقدمها ، فقد حتم الدستور بنص الفقرة الثانية من المادة (٦٧) أن يكون لكل متهم بجنابة محام يدبر دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه ويكفل من خلال الأدلة الواقعية والنصوص القانونية الحماية الواجبة لها سواء كان هذا المحامي منتدباً أو موكلاً . والحق أن دور ضمانات الدفاع في تأمين حقوق الفرد وحياته يبدو أكثر لزوماً في مجال

الاتهام الجنائى باعتبار أن الإدانة التى قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بينه وبين الجماعة التى ينتمى إليها منهية- أحياناً - آماله المشروعة فى الحياة ، ويتعين بالتالى أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الاتهام موازناً بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم معها فى إطار النظام الاختصاصى للعدالة الجنائية كى يتمكن بوساطتها من مقارعة حججها ودحض الأدلة المقدمة منها . ولقد غدا أمراً مقضياً أنه إذا كان حق الدفاع - فى هذا المجال - يعنى فى المقام الأول حق المتهم فى سماع أقواله، فإن هذا الحق يغدو سراًباً بغير اشتماله على الحق فى سماعه عن طريق محاميه ، ذلك أن ما قد يبدو واضحاً فى الأذهان لرجال القانون ، يكون شائكاً محاطاً بغلالة كثيفة من الغموض بالنسبة إلى غيرهم أيا كان حظهم من الثقافة ، وبوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام وخفاء جوانبها المتعلقة بالقواعد التى تحكم الأدلة بما يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامى الذى يقيمه الشخص باختياره وكيلاً عنه إذا كان قادراً على الوفاء بأتعابه ، أو معونة من تندبه المحكمة له إذا كان معسراً ، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها .

وحيث إن النصوص التى أو أوردتها الدستور فى شأن حق الدفاع على النحو السالف بيانه تتضافر جميعها فى تأكيد أن هذا الحق ضمانات أساسية يوفر الدستور من خلالها الفعالية لأحكامه التى تحول دون الإخلال بحقوق الفرد وحرياته بغير الوسائل القانونية التى يقرها الدستور سواء فى جوانبها الموضوعية أو الإجرائية ، وهى بعد حماية تؤمن لكل مواطن حماية متكافئة

أمام القانون وتعززها الأبعاد القانونية لحق التقاضي الذي قرره الدستور في المادة (٦٨) انصرافه إلى الناس كافة ، مسقطاً عوائقه وحواجزه على اختلافها ، وملقياً على الدولة بمقتضاه التزاماً أصيلاً بأن تكفل لكل متقاضٍ نفاذاً ميسراً إلى محاكمها للحصول على الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان على الحقوق التي يدعيها أو الإخلال بالحرية التي يمارسها ، وكان حق الدفاع - بالنظر إلى أبعاده وعلى ضوء الأهمية التي يمثلها في بلورة الدور الاجتماعي للقضاء كحارس للحرية والحقوق على اختلافها انتقالاً بمبدأ الخضوع للقانون من مجالاته النظرية إلى تطبيقاته العملية - قد أضحى مستقراً كحقيقة مبدئية لا يمكن التفريط فيها، مندرجاً في إطار المبادئ الأساسية للحرية المنظمة، واقعاً في نطاق القيم التي غداً الإيمان بها راسخاً في وجدان البشرية ، ولم تعد ضمانات الدفاع بالتالي ترفاً يمكن التجاوز عنه ، كذلك فإن التعلق بأهدابها الشكلية دون تعمق لحقائقها الموضوعية يعتبر إنكاراً لمضمونها الحق مصادماً لمعنى العدالة منافياً لمتطلباتها ، ومن ثم لم يجز الدستور للسلطة التشريعية إهدار هذا الحق أو الانتقاص منه بما يعطل فعاليته أو يحد منها انطلاقاً من أن إنكار ضمانات الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها ، إنما يؤول في أغلب صوره إلى إسقاط الضمانة التي كفلهها الدستور لكل مواطن في مجال الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي ، ويعرض حق الإنسان في الحياة والحرية الشخصية والكرامة الواجبة لصون آدميته لمخاطر مترامية في أبعادها عميقة في آثارها ، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها بما يحول

دون وقوفها سوية على قدميها ، سواء كان الإنكار أو التقييد منصرفاً إلى حق الدفاع بالأصالة - بما يقوم عليه من ضمان الحرية الكاملة لكل فرد في أن يعرض وجهة نظره في شأن الوقائع المنسوبة إليه وأن يبين حكم القانون بصدها - أم كان متعلقاً بالدفاع بالوكالة- حين يقيم الشخص باختياره محامياً يراه أقدر على تأمين المصالح التي يرمى إلى حمايتها، على أساس من الخبرة والمعرفة القانونية والثقة .

وحيث إن ضمانه الدفاع وإن كانت لا ترتبط لزوماً بمرحلة المحاكمة وحدها كما سلف القول، إلا أن الخصومة القضائية تمثل مجالها الأكثر أهمية من الناحية العملية ، وهو ما يحتم لتسحيحها إلى كل دعوى سواء كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية أم كان الاتهام الجنائي موضوعها . ولقد كان تقدير هذه المحكمة لحق الدفاع وإقرارها لأهميته واضحاً في مجال تحديدها للشروط التي يتعين استجماعها لاعتبار العمل قضائياً ، وذلك بما جرى قضاؤها من أن القرار الذي يصدر عن جهة خولها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين ، لا يكون قراراً قضائياً إذا كانت ضمانه الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية وتبين حدودها .

وحيث إنه وإن صح القول بأن المعسرين لاحق لهم في اختيار محاميهم وإن حقوقهم في مجال ضمانه الدفاع لا تتجاوز الحق في تمثيل ملائم يرعى مصالحهم ويرد غائلة العدوان عنها عن طريق من يندبون من المحامين لهذا الغرض ، فإن من الصحيح كذلك أن اختيار الشخص لمحام يكون قادراً على تحمل أتعابه ، إنما يتم في إطار علاقة قانونية قوامها الثقة المتبادلة بين

طرفيها ، ويتعين بالتالى أن يظل الحق في هذا الاختيار محاطاً بالحماية التى كفلها الدستور لحق الدفاع كى يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التى يطلبها معتصماً فى بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسماً فيه أنه الأقدر - لعلمه وخبرته وتخصصه - على ترجيح كفته ، ذلك أنه فى نطاق علاقة تقوم على الثقة المتبادلة بين الشخص ومحاميه ، فإنه يكون مهياً أكثر للقبول بالنتائج التى يسفر عنها الحكم فى دعواه . فضلاً عن أن حدود هذه العلاقة توفر لمن كان طرفاً فيها من المحامين حرية إدارة الدفاع وتوجيهه الوجهة التى يقدر أنها الأفضل لخدمة مصالح موكله فى إطار أصول المهنة ومقتضياتها . وعلى ضوء هذه الوكالة القائمة على الاختيار الحر والذى يودع من خلالها الموكل بيد محاميه أدق أسرار وأعمق دخائله اطمئناناً منه لجانبه ، يتخذ المحامى قراراته حتى ما كان منها مؤثراً فى مصير موكله ، بل إن حدود هذه العلاقة تحمله على أن يكون أكثر يقظة وتحفظاً فى متابعتة للخصومة القضائية وتعقبه لمسارها ومواجهته بالثابرة لما يطرح أثناء نظرها مما يضر بمركز موكله فيها أو يهدده وبوجه خاص كلما كان الحكم بالإدانة أكثر احتمالاً أو كانت النتائج المحتملة للحكم فى النزاع بعيدة فى آثارها العملية القانونية .

وحيث إن ضمانة الدفاع قوامها تلك المعاونة الفعالة التى يقدمها المحامى لمن يقوم بتمثيله ، وهى ترتد على عقبيها إذا ما حمل الشخص على أن يختار محامياً أقل خبرة منحيّاً بذلك- وإعمالاً للنص التشريعى المطعون عليه- من يقدر أنه أكثر موهبة وأنفذ بصرأ ، متى كان ذلك فإن حق الشخص فى اختيار من يوليه ثقته من المحامين يغدو لازماً لفعالية ضمانة الدفاع ، والانتقال بها إلى آفاق تعزز معاونة القضاء فى مجال النهوض

بالرسالة التي يقوم عليها ، وتحقق لمهنة المحاماة ذاتها تقدماً لا يتكسب بأهدافها بل يثرىها بدماء الخبرة والمعرفة ويغيرها قد يؤول أمر الدفاع - في عديد من صوره - إلى النمطية العقيمة التي لا إبداع فيها، وإلى إفراغ متطلباته من محتواها .

وحيث إنه إذ كان ما تقدم ، وكان الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تمتاز فيما بينها ، ولا ينتظمها تدرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو في مرتبة أدنى منها ، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز اقتحامه بالقيود التي تفرضها النصوص التشريعية وكان هذا المجال يتحدد بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه على ضوء طبيعة كل حق منها ، وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره ، وفي إطار الرابطة الحتمية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور باعتباره مدخلاً إليها أو معزراً لها أو لازماً لصونها ، وكان إنكار حق الشخص في أن يختار من المحامين من يقدر تميزه في الدفاع عن المصالح التي يتوخى تأمينها والذود عنها ، لا يتمحض عن مصلحة مشروعة بل هو سعى إلى نقيضها ، باعتبار أن فعالية ضمانات الدفاع ينافيها ما قرره النص المطعون فيه من حرمان فئة بذلتها من المحامين - الأصل أن تتوافر لها الخبرة العريضة والإحاطة بفروع القانون المختلفة مع تعمقها لأغوارها وتقريبها للقائقها - من مباشرة مهنة المحاماة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما في حكمها، لمجرد كون أفرادها يشغلون وظيفة بعينها أو كانوا قائمين

بأعبائها ، وذلك لما ينطوى عليه هذا النص من إنكار حق كل متقاض في اختيار محام من بينهم يكون محل ثقته - سواء في مجال قدراته القانونية أو القيم التي يتحلى بها في أداء عمله أو الكيفية التي يواجه بها مسؤولياته المهنية من الناحية العملية - وليس ذلك كله إلا عدواناً على حق الدفاع ينال من القيمة العملية لحق التقاضى مهدراً كذلك مبدأ الخضوع للقانون ومجرداً الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور من أبرز ضماناتها . ومن ثم يكون النص المطعون فيه قد اقتحم الحدود التي رسمها الدستور مجالاً حيويماً لحق الدفاع ، وأخل بالحقوق الأخرى المرتبطة به برابطة وثيقة ، ووقع من ثم باطلاً .

وحيث إن ما ينهه المدعيان على النص التشريعي المطعون فيه من مخالفته مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة (٤٠) من الدستور ، في محله ، ذلك أن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً بدستور ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة ، باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تمثيل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيّد ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور ، بل ينسحب مجال إعمالها كذلك ، إلى الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ،

وعلى ضوء ما يرتبه محققاً للمصلحة العامة . ولكن نص الدستور في المادة (٤٠) على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بينها هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصور بعينها يكون التمييز محظوراً فيها مرده أنها الأكثر شيوعاً في الحياة العملية ولا يدل البتة على انحصاره فيها دون غيرها، إذ لو صح ذلك ، لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً ، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ويحول دون تحقيق الأغراض التي قصد إليها من إرسائها . وآية ذلك أن من صور التمييز التي أغفلتها المادة (٤٠) من الدستور مالا تقل في أهميتها- من ناحية محتواها أو في مجال خطورة الآثار المرتبة عليها - عن تلك التي عينتها بصريح نصها ، كالتمييز بين المواطنين - في مجال الحقوق التي يتمتعون بها وفقاً لأحكام الدستور أو في نطاق حرياتهم التي يمارسونها بمراعاة قواعده- لاعتبار مرده إلى الملكية أو المولد أو الانتماء إلى أقلية عرقية أو عصبية قبلية أو مركز اجتماعي معين أو الانحياز إلى آراء بذاتها أو الانضمام إلى جمعية أو مساندة أهدافها أو الإعراض عن تنظيم تدعمه الدولة وغير ذلك من أشكال التمييز مما يؤكد أن صوره المختلفة التي تناقض مبدأ المساواة وتفرغه من محتواها، تعين إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية ، لما كان ذلك ، وكان الدستور قد كفل حق الدفاع بالوكالة بما يعنيه ذلك أصلاً من ضمان حق الموكل في فرصة موالية يؤمن من خلالها اختيار محام يطمئن إليه ويثق فيه- مادام قادراً على

أداء أتعابه - وكان الحق في هذا الاختيار يلعب دوراً متميزاً - سواء في مجال فعالية المعونة التي يقدمها التي يقدمها الوكيل إلى موكله أو باعتباره مكوناً أساسياً لحق الدفاع بالوكالة في مجالاته العملية الأكثر أهمية - وكانت المعاونة الفعالة التي يقدمها المحامي في علاقته بموكله أمام المحاكم لا تقتصر على درجاتها العليا ، وإنما تمتد كذلك إلى الخصومة القضائية في مراحلها الأولى أمام المحاكم الجزئية أو الابتدائية - وما في حكمها - وذلك لإرساء أسسها من البداية على دعائم قوية تؤمن مسارها وترجح كفتها سواء من ناحية عناصرها الواقعية أو دعمايتها القانونية بما قد يضع نهاية مبكرة لها ويوفر لموكله جهداً يهدر ومالا يتبدد إذا استطال أمرها ، وكان المحامون الذين منعهم النص التشريعي المطعون فيه من مباشرة المهنة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما في حكمها - هم هؤلاء الذين يشغلون وظيفة معينة أو كانوا يقومون بأعبائها - ولا يعتبرون بسببها أقل خبرة أو علماً بالقانون ممن حولهم ذلك النص حرية ممارستها أمام هذه المحاكم ذلتها بل هم مهياون للاضطلاع بمسئولياتهم المهنية أمامها بالنظر إلى خبراتهم المتميزة وإحاطتهم المتعمقة بعلم القانون ولكونهم من المقبولين للمرافعة أمام المحاكم الأعلى درجة ، وكان من المقرر أن المحامين ورجال القضاء يلعبون معاً دوراً متكاملًا في مجال ضمان إدارة أفضل للعدالة، وأنه في مجال مهنة المحاماة فإن الحماية الملزمة لحقوق الأفراد وحريتهم مناطقها أن تزيل الدولة من خلال تنظيماتها التشريعية القيود غير المبررة التي تحول دون النفاذ الفعال إلى الخدمات القانونية التي

يقدمها المحامون لمن يطلبونها ، وكان مبدأ المساواة أمام القانون موداه ألا
يخل المشرع بالحماية القانونية المتكافئة فيما بين الأشخاص المتماثلة
مراكزهم القانونية، في حين حرم النص التشريعي المطعون فيه الفئة التي
شملها الحظر من الحق الذي كفله لغيرهم من المحامين ، دون أن يستند في
التمييز بين هاتين الفئتين إلى مصلحة مشروعة ، بل عمد إلى تقيضها ،
فإن هذا التمييز يكون مفتقراً إلى الأسس الموضوعية التي تبرره ، ويكون
بالتالي تحكيمياً ومنهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور .

وحيث إنه على ضوء ما بسطناه فيما تقدم يكون حكم الفقرة الأولى
من المادة (١٥) من قانون الحماية الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣
مخالفاً للمواد (٤٠) ، (٦٧) ، (٦٨) ، (٦٩) ، (٧١) من الدستور إذ كان
ذلك وكانت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (١٥) من قانون الحماية -
فيما تنصان عليه من عدم سريان الحظر المشار إليه في فقرتها الأولى على
المحامين المقيدين لدى غير المحاكم المنصوص عليها في هذه الفقرة وقت
صدور ذلك القانون، ووقوع كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة
باطلاً - مرتبطتين بفقرتها الأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، إذ لا قوام
لها بدونها ولا يتصور إعمالهما استقلالاً عنها، ومن ثم فإنهما يسقطان
بسقوطها وببطلان تبعاً لها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (١٥) من قانون الحماية الصادر
بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة
جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

رئيس المحكمة

أمين السر

ويترتب على الحكم سالف الذكر عدم جواز تطبيق نص المادة المذكورة من اليوم التالى لنشر الحكم عملاً بالمادة ٣/٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا . وبالتالى فقد أصبح للمحامين المذكورين بالمادة سالفة الذكر ممارسة المحاماة أمام كافة المحاكم .

ونص المادة سالفة الذكر ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم^(١).

٢٥٤- جزاء حضور المحامى أمام محكمة غير مقيد للمرافعة أمامها :

إذا وكل محام فى الحضور أمام محكمة غير مقيد أمامها، كما لو كان مقيدا أمام المحاكم الابتدائية فوكل فى الحضور أمام محكمة الاستئناف فإن حضوره يكون باطلا ويعتبر كأن لم يكن .

ويترتب على ذلك اعتبار الخصم الذى حضر عنه غائبا بالجلسة التى حضرها المحامى الموكل عنه ، وما يترتب على ذلك من آثار .

(١) للمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

الوكالة في الطعن بالنقض :

٢٥٥- النصوص القانونية :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٣ مرافعات على أن :

" يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض ."
وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ على أن : " يجب على الطاعن أن يسودع قلم كتاب المحكمة وقت تقديم الصحيفة صوراً منها بقدر عدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب وسند توكيل المحامي الموكل في الطعن .. إلخ " .

كما تنص المادة ٥٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن :
" لا يجوز في غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها سواء كان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة من الغير " .

٢٥٦- أحكام الوكالة في الطعن بالنقض :

(أ)- وجوب توقيع صحيفة الطعن من محام مقيد أمام محكمة النقض :

يجب توقيع صحيفة الطعن بالنقض من محام مقيد أمام محكمة النقض .
ويترتب على مخالفة ذلك القضاء ببطالان الطعن لرفعه من غير ذي صفة .
غير أن المادة ٢٥٣ مرافعات لم تتطلب وضعاً معيناً في توقيع المحامي على صحيفة الطعن يكشف عن اسمه بوضوح ، ومن ثم يجوز أن يرد في أى جزء من الصحيفة . والأصل هو افتراض صدور التوقيع ممن نسب إليه حتى يثبت العكس . ولا يكفي التوقيع غير المقروء الذي لم يقرن باسم صاحبه وما يدل على أنه محام مقبول أمام محكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد المادة ٢٥٣ مرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أوجب على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض في القيام بالإجراءات والمرافعة أمامها والحكمة في ذلك أن هذه المحكمة لا تنتظر إلا إلى المسائل القانونية فلا يصح أن يتولى تقديم الطعن إليها أو التوقيع عليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون ، ويرتب على مخالفة هذا الحكم بطلان الطعن . لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن أصل صحيفة الطعن قد خلا مما يفيد أن من وقع عليه محام مقبول أمام محكمة النقض إذ ذيل أصل الصحيفة بتوقيع غير مقروء ولم يشر فيها إلى اسم من وقعها وأنه محام مقبول هذه المحكمة، فإن الطعن يكون باطلا ، ولا يغير من ذلك إيداع صحيفة الطعن من محام مقبول أمام محكمة النقض موكل من الطاعنين ذلك أن الغاية من توقيع محام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة لأن هذا التوقيع هو وحده الذى يضمن جدية الطعن وكتابة أسبابه على النحو الذى يتطلبه القانون " .

(طعن رقم ٣٨٦٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٩)

٢- " المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات لم تتطلب وضعاً معيناً في توقيع المحامي على صحيفة الطعن يكشف عن اسمه بوضوح وكان الأصل بالنسبة للتوقيع

٣- " هو افتراض صدوره مما نسب إليه حتى يثبت العكس . وكان الثابت من صحيفة الطعن أنها صدرت من الأستاذ المفوض من مجلس إدارة الشركة الطاعنة في مباشرة الطعن بموجب التوكيل الصادر له من رئيس مجلس الإدارة والممثل القانوني لها فإن التوقيع المذيل به صحيفة الطعن أسفل عبارة وكيل الشركة الطاعنة فإنه يكون منسوباً إليه ومفترضاً صدوره منه " .

(طعن رقم ٣٨٥٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/٧/١٠)

وبكفى توقيع المحامى المقبول أمام محكمة النقض على أصل صحيفة الطعن المودعة قلم الكتاب دون التوقيع على الصورة المعلقة منها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ليس في نصوص القانون ما يوجب توقيع المحامى على الصورة المعلقة من صحيفة الطعن اكفاء بتوقيعه على أصلها المودع قلم الكتاب ومن ثم فإن خلو الصورة المعلقة من صحيفة الطعن للشركة المطعون ضدها من توقيع المحامى الذى قرر بالطعن بالنقض لا يبطّل الطعن " .

(طعن رقم ٦٨٣٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٢)

(أنظر أيضاً قضاء النقض المنشور في "ب") .

(ب) - عدم اشتراط سبق الوكالة لتوقيع المحامى :

لا يشترط أن يسبق توقيع المحامى صحيفة الطعن بالنقض صدور وكالة له من الخصم برفع الطعن ، غير أنه يتعين إيداع سند توكيل المحامى وقت تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب ، ويجوز إيداعه حتى المرافعة في الطعن.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كان لا يلزم وفقا للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات حصول المحامي الموقع على صحيفة الطعن على توكيل سابق إلا أنه يتعين وفقا للمادة ٢٥٥ من قانون المرافعات إيداع سند توكيل المحامي وقت تقديم الصحيفة ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن المحامي الذي وقع على صحيفة الطعن لم يقدم سند وكالته وقت تقديم صحيفة الطعن أو بعده ، وأنه يتعين الحكم ببطالان الطعن لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٢- " إنه وإن كان لا يلزم وفقا للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات حصول المحامي الموقع على صحيفة الطعن على توكيل سابق ، وكانت المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات توجب إيداع سند توكيل المحامي وقت تقديم الصحيفة إلا أن ذلك لا يمنع من تقديمه بعد ذلك وحتى جلسة المرافعة. لما كان ذلك وكان الثابت أن المحامي الذي وقع على صحيفة الطعن لم يقدم سند وكالته عن هؤلاء الطاعنين وقت تقديم صحيفة الطعن أو بعده وحتى جلسة المرافعة فإنه يتعين الحكم ببطالان صحيفة الطعن بالنسبة لهم لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٤)

٣- " لما كانت المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات قد أوجبت على الطاعن بالنقض أن يودع سند وكالة المحامي الموكل في الطعن ، وكان الثابت أن المحامي الذي رفع الطعن عن الطاعنين قد أودع عند تقديم صحيفة الطعن توكيلا صادرا إليه من الطاعن الثالث عن نفسه وبصفته

وكيلا عن الطاعنات الرابعة والسادسة والسابعة إلا أنه لم يودع - أو يقدم للمحكمة لدى نظر الطعن وتداوله بالجلسات - التوكيل المذكور للتحقق من صفة الطاعن الثالث فيه ولييان ما إذا كان هذا التوكيل يميز له توكيل محام للطعن بالنقض ، لما كان ذلك فإن الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يضحى - بالنسبة للطاعنات الرابعة والسادسة والسابعة - غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦)

٤- " الطاعنة الأولى لم تقدم - حتى قفل باب المرافعة في الطعن. سند التوكيل الصادر منها إلى الطاعن الرابع الذى وكل المحامى الذى رفع هذا الطعن ومن ثم يتعين عدم قبول الطعن من الطاعنة الأولى " .

(طعن رقم ١٩٦ لسنة ٦١ جلسة ١٩٩٧/٦/١٧)

(ج-) يكفى أن يكون اhamى مقيدا أمام محكمة النقض عند رفع الطعن ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل :

كل ماتشرطه المادة ٢٥٣ مرافعات أن توقع صحيفة الطعن بالنقض من محام مقبول أمام محكمة النقض. ومن ثم فإن هذا الشرط يتحقق إذا كان المحامى مقبولا أمام محكمة النقض وقت الطعن بالنقض ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل إليه من الطاعن إذا كان التوكيل سابقا على رفع الطعن^(١).

(١) المستشار طه الشريف نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والمواد التجارية ص ٣٧٠ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان كل ما تقتضيه المادة ٤٢٩ من قانون المرافعات أن يوقع تقرير الطعن بالنقض محام مقبول أمام محكمة النقض بوصفه وكيلًا عن الطاعن فإن مفاد ذلك هو وجوب تحقق هذا الشرط وقت التقرير بالطعن بالنقض ولو لم يكن المحامي الذى قرر به مقبولا أمام محكمة النقض وقت صدور التوكيل له ذلك لأن العبرة فى تحديد نطاق التوكيل وبيان سلطات الموكل بالوقت الذى يجرى استعمال التوكيل فيه بتنفيذ العمل المشار إليه به . فإذا كان المحامى الذى قرر بالطعن بطريق النقض - وقت صدور التوكيل - مقيدا بمجدول المحامين لدى المحاكم الشرعية ولم يكن مقبولا أمام محكمة النقض ، وكان الثابت أن عبارة التوكيل تحول له حق التقرير بطريق النقض ولم يحدد التوكيل بقيد زمنى ولم يعدل عنه فهو ينصرف إلى الحال والاستقبال على السواء . "

(طعن رقم ٩ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥)

(و)- عدم اشتراط صدور توكيل مباشر إلى المحامى الذى وقع

صحيفة الطعن :

إنما يلزم فى هذه الحالة تقديم التوكيل السابق وإيداعه قلم الكتاب قبل المرافعة فى الطعن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان الثابت أن التوكيل المودع بحلف الطعن بالنسبة للطاعنين الثامن والتاسع لم يصدر من هذين الطاعنين إلى المحامى الذى قرره ، بل صدر إليه من الطاعنة السابعة عن نفسها ويصفتها وكيله عنهما دون

تقدم ذلك التوكيل للتعرف على حدود وكالتها وما إذا كانت تشمل الإذن لها في توكيل محامين للطعن بالنقض أولاً تشمل هذا الإذن، فإن الدفع بعدم قبول الطعن بالنسبة للطاعنين الثامن والتاسع للتقرير به من غير ذي صفة يكون في محله .

(طعن رقم ٤٧٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢)

(هـ) - إذا كان الطاعن محامياً مقبولا أمام محكمة النقض جازله توقيع صحيفة الطعن .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وأخيراً أخذ قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المادة ٢٥٣ منه بالتعديل الذي أدخله القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ على المادة السابعة آنفة الذكر ، وفي ذلك كله ما يدل على أن عبارة "الموكل عن الطالب" - الملقاة - لم تكن تعني منذ وضعها إلزام الخصم المقبول أمام محكمة النقض أن ينيب عنه محامياً للتقرير بالطعن. لما كان ذلك وكانت الاعتبارات التي من أجلها أوجب المشرع على الخصوم أن ينيبوا عنهم أمام محكمة النقض محامين مقبولين لديها ، متحققة في الخصم - وهو الأصل - إذ كان هو نفسه محامياً مقبولا أمام هذه المحكمة ، فإن ما ذهبت إليه الأحكام السابق صدورها من دوائر المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها، من استلزام الغيرية بين الخصم وبين المحامي الحاصل منه التقرير بالطعن بالنقض ، وما يستتبعه ذلك من إلزام الخصم على الرغم من كونه محامياً مقبولا أمام محكمة النقض بتوكيل

محام للنيابة عنه في ذلك ، وبطلان الطعن الذى يوقع هذا الخصم المحامى تقريره بنفسه يكون غير سديد ومن أجل ذلك فإن هذه الهيئة تقضى بإجماع الآراء بالعدول عن المبدأ الذى قرره الأحكام السابقة بالمخالفة لهذا النظر " .

(طعن رقم ٥٩٢ لسنة ٣٥ ق " هيئة عامة " جلسة ١٩٧٤/٣/٤)

(و) - إيداع التوكيل حتى الفصل فى الطعن :

يجب إيداع التوكيل ملف الطعن حتى الفصل فى الطعن ، حتى تتمكن المحكمة من التعرف على مدى اتساعه للطعن بالنقض . فإذا قام المحامى بسحبه ولم يقدمه حتى جلسة المرافعة بطل الطعن ولا يفتى عن التوكيل ذكر رقمه فى صحيفة الطعن^(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وإن كان القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ - الذى رفع الطعن فى ظله - قد ألغى ما كانت تشترطه المادة السابعة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ من ضرورة حصول المحامى المقرر بالطعن على توكيل سابق على التقرير ، إلا أن هذا الإلغاء - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون - لا يعفى بطبيعة الحال المحامى من واجب تقديم التوكيل فيما بعد وقبل الفصل فى الطعن . فإذا كان المحامى المقرر بهذا الطعن لم يقدم سند توكيله عن الطاعن حتى حازت الدعوى للحكم وكان لا يفتى عن تقديم التوكيل المذكور مجرد ذكر رقمه فى التقرير بالطعن إذ أن تقديم التوكيل

(١) المستشار طه الشريف ص ٣٧٢ .

واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود الوكالة .
ومما إذا كانت تشتمل الإذن للمحامى الموكل فى الطعن بطريق النقض ،
فإن الطعن يكون غير مقبول للتقرير به من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٢٢١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

(و) - لا يشترط أن تكون عبارات التوكيل صريحة فى إجازة الطعن

بالنقض :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يشترط فى عبارة التوكيل صيغة خاصة ولا النص فيها صراحة على إجازة الطعن بالنقض فى القضايا المدنية متى كانت هذه الوكالة مستفادة من أية عبارة واردة فيه تتسع لتشمل الحق فى النيابة أمام المحاكم على اختلافها ، ولما كان الثابت من أوراق الطعن أن محامى الطاعنين قد أودع عند تقديم صحيفة الطعن التوكيل الصادر إليه من الطاعن الثانى عن نفسه وبصفته وكيلًا عن باقى الطاعنين ، وكانت عبارة توكيل هؤلاء الأخيرين للطاعن الثانى وهو رقم الذى أشير إليه عند إيداع صحيفة الطعن . وقدمه الطاعنون لهذه المحكمة تشمل وكالاته عنهم أمام جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها فإنها بهذا الشمول تتسع لمباشرة القضايا أمام محكمة النقض طعنا وحضورا ، ومن ثم يكون الطعن المقام من أولئك الطاعنين مقدما من ذى صفة " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٣١)

(أنظر أيضا طعن ٩٦٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٥)

منشور بيبند (٢٥٩) .

٢٥٧. عدم المنازعة في الوكالة :

سارت محكمة النقض في قضائها إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، ولو باشر الوكيل الإجراء قبل صدور الوكالة.

وليس للموكل الذى لم يطالب بتقديم وثيقة التوكيل في كافة درجات التقاضى أن يثير للمرة الأولى أمام محكمة النقض نزاعا حول ذلك ^(١).

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - " إذا طوّل المدعى عليهم ببيع أطيان مدعى وضع يدهم عليها، وبنيت المطالبة على ورقة صادرة من أحدهم تعهد فيها عن نفسه وبصفته وكسلا عن اخوته الباقين بالتزامهم للمدعى عليهم ببيع ما زاد على نصيبهم من الأطيان المتفق بموجب هذه الورقة على اختصاصهم بها مؤقتا حتى تتم القسمة القضائية بين الجميع ، وكان سائر المدعى عليهم لم ينكروا هذه الوكالة ولم ينازعوا فيها في أى دور من أدوار التقاضى ، وقصروا دفاعهم على أن شقيقتهم (الوكيل) هو واضع اليد دونهم ، فاستخلصت المحكمة من ذلك أنهم مسلمون بالوكالة ولم تطلب ورقة التوكيل بل قضت في الدعوى على أساس الالتزام الثابت عليهم بموجب تلك الورقة ، فحكمها هذا لا مخالفة فيه للقانون ولا إخلال بحق الدفاع ولا قصور في التسيب " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ١٤٠٤ جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٠.

٢- " لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، فإذا باشر المحامي إجراء قبل أن يصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

(طعن رقم ٣١١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١١)

٣- " المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه لا يجوز أن تتصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله لأن فى ذلك تجاوزا فى الاستدلال ضار بحقوق الناس ، فإذا باشر المحامي إجراء قبل أنه يستصدر توكيلا له من ذوى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن مأمورية الضرائب أخطرت الطاعن بصافى أرباحه عن عام ١٩٤٩ بالنموذج ٦ مكرر ضريبة عامة على عنوانه بفرنسا بتاريخ ١٩٥٥/٩/٢٦ وقد تسلمه الطاعن فى ١٩٥٥/١١/٩ وطعن محاميه على هذا التقرير أمام لجنة الطعن بتاريخ ١٩٥٥/١٢/٧ بوصفه وكيل رسميا عنه ، وأن التوكيل الصادر من الطاعن لمحاميه مصدق عليه بتاريخ ١٩٥٥/٥/٨ وأودع أصله مصلحة الشهر العقارى بالقاهرة بموجب محضر الإيداع الرسمى رقم ٥١٥٢ لسنة ١٩٥٦ توثيق القاهرة كما خلّت الأوراق من وجود منازعة من الطاعن على وكالة محاميه فإن الطعن يعد مرفوعا فى الميعاد المقرر قانونا ، وإذا خاف الحكم المطعون فيه هذا النظر مستندا إلى أن طعن المحامي فى تقدير

اللجنة كان في ١٩٥٥/١٢/٧ وأن التصديق على الوكالة تم في تاريخ لاحق لذلك مما يجعل الطعن مقدم من غير ذي صفة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٣٨ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٥)

٤- " إدعاء الطاعن - بحضور محام عن المطعون ضده الأول وهو ليس موكلًا عنه ، لا محل له إذا أن صاحب المصلحة في التمسك بذلك هو المطعون ضده الأول وليس الطاعن " .

(طعن رقم ٤٩٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٥- " جرى قضاء هذه المحكمة على أنه لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، والمطعون ضده الرابع لم ينكر وكالة المطعون ضده الأول في التوقيع نيابة عنه على صحيفة الاستئناف كما لم يحدد حضوره عنه أمام المحكمة فاستخلصت محكمة الموضوع من المستندات المقدمة لها ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية وجاء استخلاصها سائفا يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها بحيث يعد النعي عليه جدلا موضوعيا لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة " .

(طعن رقم ٦٧١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٦)

٦- " لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

لا محل لادعاء الخصم بحضور محامى عن خصمه وهو ليس موكلا عنه إذ أن صاحب المصلحة في التمسك بذلك هو الموكل وحده " .

(طعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٩/١/١)

٧- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن تتصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله وإذا خالف الحكم المطعون فيه ذلك ولم يعتد بالاتفاق المبرم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الأول بصفته وكيلاً عن زوجته لعدم تقديمه سند الوكالة للوقوف على مدى سعيه رغم أن المطعون ضدها الثانية مثلت في الدعوى بمذافع عنها لم يعترض على وكالة زوجها عنها في إبرام الاتفاق ولم يسع عليه بشئ ، وكان الثابت بالمخالصة المورخة ١٩٨٩/٦/٢٧ المقدمة من الشركة الطاعنة استلام المطعون ضده الأول عن نفسه وبصفته ولها طبيعياً على أولاده القصر ووكيلاً عن زوجته المطعون ضدها الثانية مبلغ خمسة آلاف جنيه قيمة التسوية الودية التي تمت بينه وبين الشركة عن الأضرار المالية والأدبية والموروثة نتيجة وفاة ابنه إثر حادث سيارة هيفة النقل العام المؤمن عليها لدى الشركة الطاعنة وتنازله عن أصل الحق وعن الاستئناف المقام منه ومن المطعون ضدها الثانية ، بما مؤداه أن المطعون ضده الأول قد قبض قيمة التعويض المحكوم به نهائياً لأولاده القصر الثلاثة ومقداره ألف وخمسمائة جنيه بواقع خمسمائة جنيه لكل منهم وأنه تنازل عن نفسه وبصفته وكيلاً عن زوجته على وجه التقابل عن جزء من ادعائه فيما يتعلق بالتعويض المتنازع عليه وتخالص عما حكم به لهما

ابتدائيا ، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا حسم النزاع بالصلح فإنه لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد النزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا ، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النزاع بما يعنى انتهاء الخصومة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ويتعين نقضه والحكم بانتهاء الخصومة فى الاستئنافين صلحا " .

(طعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

وقد ذهب - بحق - رأى إلى أن ما ورد فى بعض الأحكام السابقة من مباشرة المحامى للأعمال القانونية قبل أن يستصدر توكيلا ممن كلفه بها ، هو تعبير غير دقيق إذ لا بد من وكالة سابقة على قيام الوكيل بالعمل وقد تمت هذه الوكالة بالفعل بالتكليف الصادر من الموكل وتنفيذ الوكيل لما كلف به ، ولكن المقصود هو قبل توثيق سند الوكالة بالحضور فى الدعوى وهو أمر يختلف عن الوكالة فى التقاضى وكذلك الشأن فيما ورد فى بعض الأحكام من عدم جواز تصدى المحكمة والخصوم لصفة المحامى فى الحضور إذ ذلك واجب على المحكمة وجائز للخصوم للتثبت من توافر شروط الحضور عن الموكل أمام القضاء ولكن المقصود هو عدم جواز التصدى للوكالة فى أعمال التقاضى غير الحضور أمام القضاء وما استلزم فيه المشروع تفويضا خاصا^(١).

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٥١٨ وما بعدها .

٢٥٨- عدم التوسع في تفسير الوكالة الخاصة :

يلزم في حالة الوكالة الخاصة عدم التوسع في تفسير الوكالة . فيجب على الوكيل أن يباشر العمل الذى وكل فيه بالكيفية التى رسمت له . وأن يلتزم في تصرفاته الحدود المرسومة له في عقد الوكالة . وهذا ما عناه المشرع بالنص في الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٢ على أن : " الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها " (١).

فالوكالة بالرهن لا يتضمن التوكيل بعقد الكفالة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الكفالة من عقود التبرع فيجب عملا بالمادتين ٥١٦ و ٥١٧ من القانون المدنى أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تحويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصورا على الاستدانة وrehن ما يفي الدين من أملاك الموكل . ولا يجوز الاعتماد عليه في أن يكفل الوكيل باسم موكله مدينا وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالمدين " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٤/١)

٢- إذا قضت المحكمة بأن تصرف الوكيل كان في حدود التوكيل وأن التوكيل يبيح له الانفراد بالتصرف ، وبنت ذلك على تفسيرها عقد الوكالة واعتمدت في هذا التفسير على عبارة التوكيل وعلى قصد المتعاقدين

المستفاد من الوقائع والملابسات التي اتصلت بتصرف الوكيل، وكان ما انتهت إليه متسقاً مع الوقائع التي استندت إليها وغير متنافر مع عقد الوكالة ، فذلك من شأنها ولا معقب عليها فيه لمحكمة النقض ."

(طعن رقم ٥٩ لسنة ١٣ في جلسة ١٧/٢/١٩٤٤)

والوكالة في إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة في تمثيل الموكل في الخصومات التي تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإخفاء هذه الصفة على الوكيل .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوكالة في إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة في تمثيل الموكل في الخصومات التي تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإخفاء هذه الصفة على الوكيل . فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قرر أن وكالة الطاعنة عن الشركة البائعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنسها نائبة عن تلك الشركة في الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النيابة وما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة الأصلية في الدعاوى التي ترفع عليها في الديار المصرية أولاً تشمل ذلك ، فإن الحكم بتجهيله حدود النيابة التي قال بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٠ في جلسة ٣٠/٦/١٩٦٥).

والتوكيل الذي يعطى من بعض الورثة مفوضاً فيه إلى وكيلهم قبض وتسلم حقوقهم في التركة، وإعطاء المخالصة والمرافعة والمصالحة والإبراء

والإقرار ، والإنكار في شأن ذلك وفي جميع الدعاوى التي تقام ، لا يشمل بيع عقار مملوك للورثة^(١).

وتوكيل شخص في إيجاد مشتر لعقار لا يتضمن توكيله في بيع هذا العقار .

وإذا كانت الوكالة خاصة بنوع من التصرفات في مستوى معين من الخطورة ، فإنه يثور التساؤل عما إذا كان يدخل ضمن حدود مكتة الوكيل إجراء تصرفات مشابهة أقل خطورة مما صرح به في الإنابة وذلك على أساس أن (من يملك الأكثر يملك الأقل) .

وقد ذهب الفقه إلى أنه من الأوفق أن يترك الأمر للقضاء في كل حالة على حدة ليقرر ما إذا كان العمل الأقل خطورة - من حيث نوعه - داخلا في نطاق الوكالة طبقا للقاعدة المشار إليها أو خارجا عنها لما يلازمه في العمل من ظروف قد تجعل خطورته العملية أكبر من خطورة العمل المصرح به في الوكالة^(٢).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢/٩/١٩٩٤ بأن الزوجة التي صدرت لها وكالة من زوجها في البيع والشراء والرهن والقبض لها أن تفترض باسم زوجها عن طريق توقيع سندات إذنية.

وبعكس ذلك قضت في حكمها الصادر في ٢٥/١١/١٩٤٢ في دعوى زوج صدرت له من زوجته إنابة في رهن أموالها وقام الزوج

(١) محمد علي عرفه ص ٣٧٢ واستئناف أهلى ١٩٠٤/٢/١١ المشار إليه بهامش (٥) .

(٢) جمال مرسى بدر ص ٢١٠ .

بالاقتراض باسم الزوجة. بمقتضى هذه الإنابة وذلك بغير رهن وعن طريق توقيع سندات إذنية إذ قضت بأن تصرف النائب على هذا الوجه خارج عن حدود نيابته ولا يلزم الأصيل مقرر أن المبدأ القائل " من يملك الأكثر يملك الأقل " ليس موداه إدخال عمل غير مصرح به كالاقتراض عن طريق توقيع سندات في نطاق إنابة قاصرة على رهن أموال الأصيل . وقد أوضحت المحكمة في حيثياتها أن خطورة الاقتراض عن طريق توقيع سندات وبغير رهن قد تتجاوز في العمل خطورة الاقتراض برهن وذلك لأن التزامات الأصيل في هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن تتجاوز مبلغا يتناسب وقيمة أمواله التي سترهن ضمانا للدين بينما التزاماته في حالة الاقتراض بغير رهن لاتحدد بشئ من ذلك وقد تتجاوز المدى الذي كان يقصده الأصيل عند صلور الإنابة^(١).

وفي تقديرنا أن التوكيل بالتنازل يبيح للوكيل ترك الخصومة والصلح.

والتوكيل الذي يبيح الصلح لا يميز التنازل .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان التوكيل خالية عبارته عن النص على التنازل عن الحقوق ولكنه صريح في تخويل الوكيل إجراء الصلح ، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه ، فهذا لا يكون تنازلا محضا من طرف واحد ، وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٨/١١/١٩٤٣)

(١)أورده جمال مرسى بدر ص ٢١١ وما بعدها .

٢٥٩- إثبات نطاق الوكالة :

لا يخضع إثبات نطاق الوكالة ومدى سعتها لقواعد إثبات الوكالة ذاتها، فيجوز إثبات نطاق الوكالة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيئة والقرائن ، ولو كانت الوكالة ذاتها لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها . وعلى من يدعى سعة الوكالة لتشمل أمر معين عبء إثبات ذلك .

وللمحكمة استخلاص مدى الوكالة من عبارات العقد والظروف والملايسات التي صدر فيها .

ويخضع ذلك في النهاية لمطلق تقدير القاضي دون معقب عليه من محكمة النقض، طالما أن ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التي ساقته ولا تتعارض مع أى نص في عقد الوكالة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن لقاضى الموضوع بما له من السلطة في تعرف حقيقة ما أراده العاقدان في العقد المبرم بينهما أن يحدد مدى الوكالة على صدى ظروف الدعوى وملايساتها . فإذا كسنت المحكمة في الدعوى المرفوعة على المحامي من موكله يطالبه بمبلغ مقابل ما أضعاه عليه بإهماله تجديد قيد الرهن على الأطيان التي وكله في مباشرة إجراءات نزع ملكيتها حتى سقط القيد وأصبح دينه عاديا قد قضت على المحامي بالتعويض مؤسسة قضاءها على ما استظهرته من عقد الوكالة المحرر للمحامي ، وما استخلصته من الظروف والملايسات التي صدر فيها من أنه وإن كان

مستعلقا بدعوى معينة إلا أنه غام فيها فيشمل التزام المحامي بالعمل على تجديد قيد الرهن في الميعاد ، وكان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التي ساقتها ولا يتعارض مع أى نص في عقد الوكالة ، فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض والإبرام بدعوى أنها مسخت ذلك العقد وحرفت معناه " .

(طعان رقما ٦٩ لسنة ١٠ ق، ٧٠ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢١)
٢- (أ)- المناط في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية حول الموكل الوكيل إجرائها أو من أموال تقع عليها هذه التصرفات، يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته ، وما جرت به نصوصه وإلى الملاحظات التي صدر فيها التوكيل وظروف الدعوى . ولا عثرة في هذا الخصوص بما قد يتمسك به الموكل قبل الغير الذي تعامل مع الوكيل من أسباب تتعلق بالشكل الذي أفرغ فيه التوكيل أو بالجهة التي تم توثيقه أمامها إلا إذا كان العمل الذي صدر التوكيل من أجله يتطلب شكلا معينا ، فيتعين عندئذ أن يتخذ التوكيل هذا الشكل".

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٦)
(ب) - " تحديد مدى سعة الوكالة يعد تفسيراً لمضمونها، مما يضطلع به قاضي الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام هذا التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغاؤه ، وما تحمله عبارته بغير مسخ " .
(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٦)

٣- " إذ كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا لم يكن التوكيل صريحاً في تخويل المحامي أن يطعن نيابة عن الموكل بطريق النقض، فللمحكمة أن تحصل ذلك من عبارة التوكيل والملابسات التي حرر فيها . لما كان ذلك وكانت عبارات التوكيل تدل على أن الطاعن فوض زوجته إدارة كافة أمواله والتصرف فيها وأنه وكلها في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحفاظ عليها ، فإن صدور التوكيل في الخارج ومن شخص غير مصري ليس له دراية بإجراءات التقاضي في مصر يشير إلى أن نطاق التوكيل العام يخصص لزوج الطاعن ووكيلته في توكيل محامين نيابة عنه لمباشرة إجراءات الدعاوى أمام المحاكم بمختلف درجاتها ومنها محكمة النقض " .

(طعن رقم ٩٦٩ لسنة ٤٤٤ ق جلسة ١٥/٣/١٩٧٨)

٤- (أ)- " تختلف سعة الوكالة باختلاف الصيغة التي يفرغ فيها التوكيل ومؤدى نص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء وهى وإن اقتصر على عمل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقاً لطبيعة الأشياء والعرف السارى، وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بماله من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينين بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها طالما كان الاستخلاص سائفاً " .

(ب) - " إذا كان البين من مطالعة التوكيل الصادر من المسأجرة الأصلية إلى المطعون عليه الثاني أنه توكيل رسمي عام تضمن توكيلا خاصا مضافا إليه في " البيع والشراء فيما يتعلق بالمنقولات وكل ما هو منقول وثابت والتوقيع على عقد البيع الابتدائي وقبض الثمن ... " فإن نطاق هذه الوكالة يتسع لتصرف المطعون عليه الثاني في التنازل عن حق الإيجار باعتباره بيعا لمنقول " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٥- " لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تحديد نطاق الوكالة وبيان ما قصده المتعاقدان منها مستعينة ، في ذلك بعبارة التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها ، متى كان استخلاصها سائغا يؤدي إلى ما انتهت إليه " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦)

٦- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المناط في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية حول الموكل للوكيل إجراؤها أو من أموال تقع عليها هذه التصرفات يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وإلى الملابسات التي صدر فيها وظروف الدعوى ، فإذا استعمل المتعاقدان نموذجا مطبوعا للعقد أو المحرر وأضافا إليه بخط اليد أو بأيمه وسيلة أخرى شروطا أو عبارات تستعارض مع الشروط والعبارات المطبوعة وجب تغليب الشروط والعبارات المضافة باعتبارها تعبيرا واضحا عن إرادة المتعاقدين " .

(طعن رقم ١٤٩٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/٦/٢٥)

٧- " تفسير عبارات الوكالة وتحديد سعتها هو مما يختص به قاضي الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام هذا التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغاؤه ومما تحتمله عباراته بغير مسخ " .
(طعون أرقام ٣١٥ ، ٦٣٢ ، ٧٠٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٢/٧/٣٠)

(ثانياً)

(السبب في عقد الوكالة)

٢٦٠- إحالة إلى القواعد العامة :

السبب ركن في عقد الوكالة كسائر العقود ، ومن ثم فإنه يخضع في أحكامه للقواعد العامة .

ونكتفى هنا بالإشارة إلى ما نصت عليه المادة ١٣٦ مدني من أنه إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً " - ومن ثم فإنه يجب أن يكون السبب مشروعاً ، فإذا قبل شخص وكالة امرأة في أعمال إدارة أو تصرف مقابل استمرار علاقة غير مشروعة معها كانت تلك وكالة باطلة لمخالفتها للآداب ^(١).

والوكالة إن كانت من غير مقابل فإنها تكون من عقود التبرعات ، ويكون السبب فيها رغبة المتبرع وميله نحو المتبرع له ، وإن كانت بمقابل فإنها تكون من العقود الملزمة للطرفين ، ويكون التزام كل عاقد سبباً في التزام الآخر ^(٢).

ويتصل بالسبب في الوكالة الشخص الذي تتعقد الوكالة لمصلحته ، والأصل أن الوكالة تتعقد لمصلحة الموكل . وقد تتعقد لمصلحة كل من الموكل والوكيل ، كما إذا وكل شخص دائته في بيع مال له ليتقاضى

(١) محيي الدين علم الدين ص ٢٠٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٦٨ .

حقه من ثمنه ، أو وكل أحد الشريكين في الشيوع الشريك الآخر في إدارة المال الشائع . ولا تنعقد الوكالة لمصلحة الوكيل وحده ، فلا تكون هناك وكالة إذا أشار شخص على آخر أن يعقد لنفسه صفقة رابحة . وقد تنعقد الوكالة لمصلحة الموكل والغیر، كما إذا وكل شخص آخر في بيع مال له ليسدد من ثمنه ديناً في ذمته للغیر . فالوكالة انعقدت هنا لمصلحة كل من الموكل ودائنه الذي سيستوفي حقه من الثمن . ويجوز أن تكون الوكالة لمصلحة الغیر وحده ، كما إذا قام فضولى بإدارة عمل للغیر ووكّل شخصاً آخر عنه في إدارة العمل أو في المضى فيه . وإذا انعقدت الوكالة لمصلحة الموكل والغیر ، جاز لكل منهما مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة بموجب عقد الوكالة ، والغیر بموجب الاشتراط لمصلحته ^(١) .

(١) السنهوري ص ٤٨٩ هامش (١) .

موضوع رقم (٢٥)

(شروط صحة عقد الوكالة)
(الأهلية وعيوب الرضاء)
(أولاً : الأهلية فى عقد الوكالة)

٢٦١- (أ) - أهلية الموكل :

لم ينص القانون على أهلية خاصة يجب توافرها فى الموكل ، ومن ثم فإنها تخضع للقواعد العامة .

وعلى ذلك يجب أن تتوافر فى الموكل أهلية مباشرة التصرف موضوع الوكالة لأن آثار هذا التصرف تنصرف إليه ، فإذا كان الموكل غير أهل لمباشرة هذا التصرف ، كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحته . ويترتب على بطلانها بطلان التصرفات التى قام بها الوكيل مع الغير لحسابه^(١) . حتى لو كان الوكيل حسن النية ، أو كان الغير الذى تعاقد معه حسن النية ، ما لم يكن هناك محل لتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة^(٢) .

فإذا كان محل الوكالة إبرام عقد بيع مثلاً وجب أن تتوافر فى الموكل أهلية التصرف ، وإذا كان محل الوكالة عملاً من أعمال الإدارة وجب توافر أهلية الإدارة فيه .

وكسان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً برقم (٩٧) يجرى فى فقرته الأولى على أن : " يجب أن يكون الموكل أهلاً أن يودى

(١) أكتف الحولى ص ٢٠٢ .

(٢) السنهورى ص ٥٢٤ .

بنفسه العمل الذى وكل فيه " إلا أن هذا النص حذف بلجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بشأنه :

" ولما كان العمل القانونى الذى يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (١٥٨م من المشروع) وجب أن يكون الموكل أهلا وقت الوكالة أن يودى بنفسه العمل الذى وكل فيه . فإذا وكل فى بيع وجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الواجب توافرها فى السباع، وإذا وكل فى إيجار وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها فى المؤجر " ^(٢).

وبناء عليه لاتصح وكالة الصبى غير المميز ولا المجنون . ولاتصح وكالة الصبى المميز فى الأمور التى هى ضرر محض فى حقه وإن أذن الولي ، كالهبة . وفى الأمور التى هى نفع محض يصح توكيله ، وإن لم يأذن الولي كقبول الهبة .

وللصبى المميز المأذون له بالإدارة أن يوكل غيره فى حدود أعمال الإدارة دون أعمال التصرف أو التبرع .

ولكن يجوز للصبى المميز الوكالة فى الحقوق التى يجوز له التصرف فيها طبقا لأحكام القانون ، وإذا كانت الوكالة بمقابل وجب أن تتوافر لدى الموكل أهلية التصرف. كما إذا وكل شخص آخر فى إيجار قطعة أرض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٨٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ١٩١ .

نظير أجر . فإذا لم يكن لدى الموكل في هذه الصورة أهلية التصرف كانت الوكالة صحيحة فيما يتعلق بوكالة الوكيل عن الموكل وقابلة للإبطال فيما يتعلق بالتزام الموكل .
وإذا لم تستوافر الأهلية للموكل جاز أن تصدر الوكالة من نائبه في الحدود التي يقرها القانون .

٢٦٢ - العبرة في توافر الأهلية بوقت الوكالة ومباشرة العقد :

يذهب رأى إلى أن العبرة في تحديد أهلية الموكل بوقت عقد الوكالة لا بوقت إجراء التصرف الموكل فيه . فإذا وكل ناقص الأهلية غيره بالبيع مثلا وقعت وكالته باطلة ، وبطل البيع المترتب عليها ولو كان الأصيل قد بلغ سن الرشد وقت مباشرة الوكيل لهذا التصرف ^(١) .

ويذهب رأى آخر - نويده - إلى أن العبرة في توافر الأهلية في الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذي يباشر فيه الوكيل العقد في وقت واحد ، فلو أن الموكل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصح الوكالة ، ولا تصح أيضا إذا كان الموكل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد ^(٢) .

٢٦٢ (ب) - أهلية الوكيل :

الوكيل لا يتأثر بالتصرفات التي يجريها لحساب الموكل ولذلك لا يشترط فيه أن يكون أهلا لمباشرة هذه التصرفات . بناء على ذلك يجوز

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٣ - محمد كامل مرسى ص ٤٦٩ .

(٢) السنهوري ص ٥٢٤ - محيى الدين علم الدين ص ٢٠٢ - جمال مرسى

أن ينوب الشخص عن الغير في مباشرة تصرف قانوني لا يجوز له أن يباشره لحسابه . فيكفى إذن أن يكون الوكيل قادرا على التمييز لأنه طرف في العقد . فيجوز توكيل الصبي المميز في مباشرة عمل من أعمال التصرف، كما يجوز توكيل المحجور عليه للسفه في مثل ذلك . إنما لا يجوز توكيل الصبي غير المميز أو المجنون لأنه لا إرادة لهما ، فلا ينعقد العقد بوجودهما^(١).

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى - كما ذكرنا سلفا- يتضمن نصا محذوفا هو المادة ٩٧٤ تنص في فقرتها الثانية على أن : " أما الوكيل فيكفى فيه أن يكون قادرا على التمييز . لكن إذا كان ناقص الأهلية ، كان مسئولاً قبل الموكل بالقدر الذى يمكن أن تتحقق مسئوليته، على الرغم من نقص أهليته " ، إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة^(٢).

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانونى الذى وكل فيه . ولكنه لما كان طرفا فى عقد الوكالة ، فإن هذا العقد يكون قابلا للبطلان إذا كان قاصرا.... " ^(٣).

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٣ - أكم الخولى ص ٢٠٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٨٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٩١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت أهلية التصرف القانوني في محل الوكالة يجب أن تتوافر في الموكل ، فإنه لايجب توافرها في الوكيل ، لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه بل ينصرف إلى الموكل ، فيحوز توكيل القاصر في تصرف لا أهلية له فيه ، بل يكفي أن يكون الوكيل مميزا مادام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصي " .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/١٧)

٢٦٤- جزاء عدم توافر الأهلية في الوكيل :

وإن كان لايلزم في الوكيل - كما ذكرنا سلفا - الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانوني الذي وكل فيه ، وإنما يكفي أن يكون مميزا . إلا أنه لما كان طرفا في عقد الوكالة، فإن هذا العقد يكون قابلا للإبطال إذا كان قاصرا . وهذا البطلان مقرر لمصلحة الوكيل القاصر ، فلا يجوز للموكل أو الغير طلب إبطال عقد الوكالة لقصر الوكيل ^(١) .

وإذا أبطلت الوكالة ، بطلت نيابة الوكيل المستمدة من هذا العقد، فإذا كان قد قام بتنفيذ الوكالة أى بالتعاقد مع الغير، جاز للأخير التمسك بالوكالة باعتبارها وكالة ظاهرة ، وفي الحدود التي يجوز فيها التمسك بهذه الوكالة .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدني مجموعة الأعمال التحضيرية جـ

ص ١٩١ وما بعدها - السنهوري ص ٥٢٧ .

أما إذا لم يكن قد نفذ الوكالة بالتعاقد مع الغير، فلا يجوز له التعاقد مع الغير لانعدام صفته بعد القضاء بطلان الوكالة، غير أنه يجوز للغير التمسك بالوكالة باعتبارها وكالة ظاهرة إذا توافرت شروطها.

أما في العلاقة بين الموكل والوكيل، فلا يستطيع الموكل الرجوع عليه على أساس المسؤولية العقدية بعد إبطال العقد، ولا يكون له إلا الرجوع عليه إما على أساس الإثراء بلا سبب وفي هذه الحالة لا يلزم ناقص الأهلية برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢/٢ مدني^(١))، أو على أساس المسؤولية التقصيرية، ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان في يد الوكيل مال للموكل وبدده^(٢).

أما إذا لم يطلب الوكيل انقاص إبطال الوكالة وقام بتنفيذها فإنه لا يجوز للموكل أن يرجع عليه بالتعويض إذا كان قد أساء تنفيذ الوكالة، إذ أنه باختياره شخصا ناقص الأهلية يكون قد رضى مقدما بأن يتحمل سائر النتائج التي تترتب على مثل هذا الاختيار.

ولا يكون له أن يطالب ناقص الأهلية بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة، كتقديم حساب عن عمله مثلا، لأن ناقص الأهلية لا تشغل ذمته بمثل هذا الالتزام ويستطيع أن يتمسك ببطلان الوكالة.

ومع ذلك يحق للموكل أن يطالب وكيله ناقص الأهلية برد المبالغ التي يكون قد قبضها من الغير تنفيذا لعقد الوكالة، لأن تبديد ناقص الأهلية

(١) مذكرة المشروع التمهيدي بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٩١ وما بعدها - محمد علي عرفه ص ٣٦٤ - السنهوري ص ٥٢٧ وما بعدها.

(٢) السنهوري ص ٥٢٨.

لهذه المبالغ يعتبر جريمة ونقص الأهلية لا يجعل الشخص بمنأى من المسؤولية عن العمل الضار^(١).

٢٦٥- رأى فقهي مغاير في أهلية الموكل والوكيل :

يذهب الدكتور السنهوري^(٢) إلى أن ما ذكرناه سلفا عن أهلية الموكل والوكيل وهو ما أشار إليه أيضا ، هو ما أجمع عليه الفقه والقضاء في هذه المسألة . ولكن الأمر في حاجة إلى إمعان النظر . ويبدو أن هناك خلطا بين الوكالة من حيث أنها عقد يرتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل ، والوكالة من حيث أنها عقد يضافى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل فيستطيع التعاقد بهذه الصفة مع الغير . فالوكالة من حيث أنها عقد يرتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل تقتضى التفصيل الآتى : لما كان الموكل يلتزم برد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها وبالأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وجب أن تكون أهلية الموكل هي أهلية التصرف حتى تترتب في ذمته هذه الالتزامات. ويجب أن تتوفر فيه دائما أهلية التصرف حتى لو كانت الوكالة غير مأجورة ، وذلك حتى يترتب في ذمته الالتزامان الآخران وهما رد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها ، ولا يعترض على ذلك بأن هذين

(١) محمد على عرفه ص ٣٦٤ .

(٢) ص ٥٢٨ هامش (١) وما بعدها .

الالتزامين لا يوجدان إذا لم تكن هناك نفقات ولا ضرر ، إذ يكفي احتمال قيام هذين الالتزامين حتى تجب الأهلية اللازمة لعقدتهما وهى أهلية التصرف . وهذا من ناحية الموكل ، أما من ناحية الوكيل فإنه يلتزم بتنفيذ الوكالة ويستقدم حساب عنها ويرد ما للموكل عنده ، وهذه أعمال تدخل كلها فى نطاق أعمال التصرف ، أو فى القليل هى أعمال تدور بين السنفع والضرر ، فتستوجب أهلية التصرف . ويرى من ذلك أن الوكالة ، من حيث أنها عقد يرتب التزامات فى جانب كل من الموكل والوكيل ، تستوجب أهلية التصرف فى كل منهما . فإذا كان الموكل قاصرا ، جاز له أن يطلب إبطال الوكالة ، فيتحلل من التزاماته ولا يكون مسئولا إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . وكذلك إذا كان الوكيل قاصرا ، فإنه يجوز له أيضا إبطال الوكالة، ولا يكون مسئولا قبل الموكل إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير . غير أنه إذا كان أحد المتعاقدين قاصرا ولم يطلب إبطال الوكالة، فإنها تبقى قائمة منتجة لأثارها ، بل وتضفى على الوكيل صفة النيابة عن الموكل إذا توافرت فى المتعاقدين أهلية الوكالة من حيث أنها عقد يضى على الوكيل صفة النيابة .

والأهلية فى الوكالة ، من حيث أنها عقد يضى على الوكيل صفة النيابة ، تختلف عن الأهلية التى سبق بيانها ، فالموكل يجب أن يكون أهلا للتصرف القانونى محل الوكالة ، أما الوكيل فلا تشترط فيه هذه

الأهلية لأن هذا التصرف لا ينصرف أثره إليه . ويكفي أن يكون مميزا . فإذا وكل قاصر شخصا بلغ سن الرشد في إيجار منزله، كانت الوكالة من حيث أنها عقد يرتب التزاماته في ذمة الموكل نحو الوكيل قابلة للإبطال لأن الموكل قاصر ، ولكن الوكالة في الوقت ذاته تنتج أثرها من حيث أنها تضيف صفة النيابة على الوكيل، فلو أن الموكل لم يطلب إبطال الوكالة وأجر الوكيل المنزل ، كان الإيجار صحيحا . وإذا وكل قاصر وكيلًا بلغ سن الرشد في بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الموكل بالوكيل ، وكان البيع الذي عقده الوكيل هو أيضا قابلا للإبطال في علاقة الموكل بالمشترى . وإذا وكل شخص بلغ سن الرشد قاصرا في بيع منزله ، كانت الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الوكيل بالموكل، ولكنها تنتج أثرها من حيث إضفاء صفة النيابة على الوكيل . فإذا لم يطلب الوكيل إبطال الوكالة وعقد البيع مع مشتر، كان البيع صحيحا في علاقة الموكل بالمشترى^(١).

(١) وقد اتفق معه في هذا الرأي تقريرا الدكتور أكرم الخولي (ص ٢٠٢ وما بعدها)، غير أنه يختلف معه في أنه يرى تأصيل هذا الرأي عن طريق القول بوجود عقدين متميزين : عقد وكالة ينظم الروابط بين الموكل والوكيل ويشترط فيه أهلية قبول التفضل أو الالتزام بالأجر من جانب الموكل وأهلية تحمل الالتزام العقدي من جانب الوكيل وعقد نيابة أو عقد صفة تشتترط لصحته أهلية القيام بالتصرف موضوع الوكالة من جانب الموكل وأهلية التمييز من جانب الوكيل. وعلى ذلك يتصور أن يبطل عقد الوكالة لنقص أهلية الموكل في الالتزام بالأجر أو لنقص أهلية الوكيل في التحمل بالالتزام العقدي مع بقاء عقد الصفة صحيحا منتجا لآثاره (ص ٢٠٣ هامش (٢) وما بعدها .

(ثانيا)

(عيوب الرضا في عقد الوكالة)

٢٦٦- عيوب الإرادة بالنسبة للوكيل الذى أبرم العقد :

عيوب الإرادة في عقد الوكالة ، كأي عقد آخر هي الغلط والتدليس والإكراه .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من التقنين المدنى على أنه : " إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة ، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما " وقد صرحت مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بأنه : " ١ - ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف فيجب أن يمتد الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل . رغم أن إرادته براء من شوائب العيب إلخ " (١) .

وإذن فبمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ يكون العقد الذى تم بطريق النيابة قابلا للبطلان متى كان الوكيل واقعا في غلط أو كان ضحية .

تدليس أو إكراه ولو لم تتعرض إرادة الأصيل لعب من هذه العيوب. وإذن فيكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل إلى الحكم بطلان العقد على أساس الغلط الذى وقع فيه وكيله أو التدليس أو الإكراه الواقع على الوكيل ، بصرف النظر عن سلامة إرادة الأصيل من الغلط أو التدليس أو الإكراه .

· ويلاحظ أن دعوى البطلان النسي المترتبة على تعيب إرادة الوكيل هي للأصيل فهو الذى يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد للخلط أو التدليس أو الإكراه الذى شاب إرادة وكيله وليس للوكيل أن يرفع تلك الدعوى اللهم إلا إذا كان لو كالاته من الشمول ما يدخل فى نطاقها مثل هذا العمل أو كان موكلا فيه بالذات .

وهذا طبيعى مادامت آثار العقد الحاصل بطريق الوكالة عائدة إلى الأصيل فإن دعوى البطلان النسي إن هي إلا أثر مترتب على العقد الذى يشوب إرادة أحد المتعاقدين فيه عيب من العيوب التى نص عليها القانون^(١).

ورأينا أن الفقرة الأولى من المادة نصت فى عجزها أن شخص النائب لاشخص الأصيل هو محل الاعتبار أيضا عند النظر فى " أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما " وجاء عنها بمذكرة

(١) جمال مرسى بدر ص ٤٩ وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٥ وما بعدها .

المشروع التمهيدى أنه : " أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصة فى بيع صادر من مدين معسر ، تواطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصيل ظل معزول عن هذا التواطؤ" (١) .

ففى الأحوال التى يرتب القانون فيها أثرا على حسن النية يتلمس حسن النية عند النائب لا عند الأصيل ، فإذا كان النائب سئ النية واشترى من بائع معسر متواطفا معه ، فللدائن البائع الطعن فى البيع بالدعوى البوليصة حتى لو كان الأصيل حسن النية .

٢٦٧- تصرف الوكيل وفقا لتعليمات الموكل :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مدنى على أنه : " ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها " .

فالوكيل إذا تصرف وفقا لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل ، وجب أن ينظر إلى نية هذا الأخير فإذا وكل شخص آخر فى شراء شئ معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، لم يجوز أن يرجع الموكل على البائع بدعوى العيب. فالأصيل إذن أن العقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩١ وما بعدها .

ينعقد بإرادة الوكيل لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه الوكيل إذ الوكيل في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول^(١).

٢٦٨- تطبيق عيوب الإرادة بالنسبة لطرفي الوكالة :

من الممكن أن تشوب إرادة الموكل أو الوكيل في إبرام العقد عيب من عيوب الإرادة السابقة .
ومن أهم هذه العيوب في التطبيق العملي الغلط والإكراه . ومن ثم تعرض لهما فيما يلي .

٢٦٩- الغلط :

تقوم الوكالة على الاعتبار الشخصي ، ولذلك فإن الغلط في شخص الوكيل يؤثر على صحة العقد ويجعله قابلاً للإبطال ، إن كان الوكيل يعلم بالغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه (٢٠٠م/مدن) .
ومثال ذلك أن يعتقد الموكل أنه يوكل شخصاً معيناً وإذ به يوكل شخصاً آخر .

وطلب الإبطال كثيراً ما يكون أصلح للموكل من عزل الوكيل . فقد يكون الوكيل غير قابل للعزل إذا كانت الوكالة لصالحه ، وقد يكون مأجوراً ، وأبرم فعلاً تصرفات باسم الموكل ، ولا يريد الموكل أن يلتزم بها^(٢) .

(١) السنهوري الوجيز في شرح القانون المدني الجزء الأول ١٩٩٧ ص ٦٤ .

(٢) محيي الدين علم الدين ص ٢٠١ .

وقد يكون الغلط في شخص الموكل ، بأن كان يعتقد الوكيل أنه يتعاقد مع موكل معين فإذا به شخص آخر ، فيكون له طلب إبطال عقد الوكالة للغلط . ويحقق له إبطال العقد توقي تعويض الموكل عن الضرر الذى قد يصيبه إذا ما هو تنحى عن الوكالة في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول .

كما يتوقى أيضا، في حالة ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ، التقيد بها إذا لم توجد أسباب جدية تبرر التنحى وفقا لأحكام المادة ٧١٦ مدنى .

٢٧٠- الإكراه :

يجوز إبطال الوكالة إذا وقع إكراه أدبى على الوكيل ، بأن يستغل شخص نفوذه الأدبى وشوكته لدى شخص آخر فيجعله يوكله في القيام بتصرفات تنتهى إلى الإضرار بالموكل .

ويتحقق ذلك عادة في وكالة الزوجة لزوجها ووكالة الابن لأبيه . فإذا أثبتت الزوجة أو الابن وقوع الإكراه الأدبى عليهما جاز إبطال العقد . والإبطال يحقق للموكل ميزة عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على عاتقه، لو أنه قام بعزل الوكيل (م ٧١٦ مدنى) .

(آثار الوكالة فيما بين الموكل والوكيل)

التزامات الوكيل

موضوع رقم (٢٦)

(الالتزام الأول)

(التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة)

٢٧١- النص القانوني :

المادة (٧٠٣) مدني :

" ١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.
٢- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة " .

٢٧٢- مضمون الالتزام :

أهم التزام تشغل به ذمة الوكيل بمجرد قبوله الوكالة هو التزامه بتنفيذ العمل الموكول إليه. ولعل هذا هو الالتزام الأساسي في عقد الوكالة. وهو الذي نصت عليه المادة ٧٠٣ بقولها : " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة " .

فيجب على الوكيل أن يلتزم الحدود المرسومة للوكالة، سواء من ناحية التصرفات القانونية المحددة بعقد الوكالة ، أو من ناحية تنفيذ

الوكالة ، أو من ناحية سعة الوكالة . أى يجب عليه - طبقا لما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي " أن يقوم بالعمل أو الأعمال القانونية التي وكل فيها وما يتبع ذلك من أعمال مادية ملحقة دون نقص أو زيادة . فإن نقص أو زاد كان بين التفريط والإفراط ، وكلاهما يكون مسئولا عنه ^(١) .

فإذا كانت الوكالة صادرة بالبيع لشخص معين أو بضمن محدد وجب عليه الالتزام بشخص المشتري أو بالضمن المحدد . وإذا كانت الوكالة صادرة بالبيع بالأجل وحدد هذا الأجل ، وجب على الوكيل الالتزام بالأجل المحدد .

ويلتزم الوكيل بالقيام بالأعمال المادية التابعة للتصرف محل الوكالة . فإذا كانت الوكالة في بيع عقار ولم يحدد فيها اسم المشتري التزم الوكيل بالبحث عن مشتر ، وكذا بتحرير العقد وباتخاذ إجراءات تسجيل العقار . فهذه الأعمال تابعة لعقد الوكالة وتدخل في نطاقه ويحكمها عقد الوكالة ، فلا تنشأ بشأنها علاقة أخرى بين الوكيل والموكل كعلاقة العمل .

وللوكيل الاحتفاظ بما يثبت تنفيذه للوكالة على الوجه المطلوب ، فله أن يحتفظ بنسخة العقد الذى أبرمه أو بالمستند الدال على ذلك ، حتى يستطيع الرجوع على الموكل بما عليه من التزامات كدفع الأجر إذا كانت الوكالة بأجر ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٠٦ .

(٢) السنهوري في الوسيط الجزء السابع - المجلد الأول ص ٥٨٠ .

٢٧٢- جزاء الخروج على الحدود المرسومة للوكالة :

إذا جاوز الوكيل الحدود المرسومة للوكالة، فإن تصرف الوكيل في هذه الحالة لا يعتبر حاصلا بالنيابة عن الموكل ، وبالتالي لا ينفذ في حق الأخير^(١).

غير أنه يجوز للموكل أن يقر هذا العمل ، فإن أقره أصبح كأنه قد تم في حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لا من وقت الإقرار.
أما إذا لم يميز الموكل عمل الوكيل فلا يستطيع الغير سوى الرجوع على الوكيل الذي تعاقد معه بالتعويض إذا كان هذا الغير حسن النية وأصابه ضرر من فعل الوكيل .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " إذا جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل الذي له الخيار بين إجازة هذا التصرف بقصد إضافة أثره إلى نفسه أو طلب إبطاله، وهذا الطلب ليس مقررا لمصلحة الغير فحسب- كما يقول الطاعنون- بل هو مقرر أيضا لمصلحة الموكل " .

(طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢)

(ب) -...الأصل في قواعد الوكالة أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة وفي حدودها وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره ، وإن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصل ويستوى في ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سئ النية قصد الإضرار بالموكل أو بغيره " .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣٤ - عبد المتعم الصده ص ١٥٠ .

(طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٢)

٢- " من المقرر طبقاً للمادتين ٦٩٩، ١/٧٠٤ من القانون المدنى أن الوكالة هى عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل، وأن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة فليس له أن يجاوزها فإذا جاوزها فإن العمل الذى يقوم به لا ينفذ فى حق الموكل ، إلا أن للموكل فى هذه الحالة أن يقر هذا العمل فإن أقره أصبح كأنه قد تم فى حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لا من وقت الإقرار مما مفاده أن الموكل هو الذى يملك التمسك بتجاوز الوكيل لحدود الوكالة- لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الوكيلتين عن المستأجرة الأصلية قد تجاوزتا حدود الوكالة الصادرة إليهما حين تنازلتا عن شقة النزاع للطاعن على الرغم من أن الموكل لم تتمسك بهذا التجاوز فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيقه القانون " .

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٢)

وتجاوز الوكيل للحدود المرسومة للوكالة مما يتعلق بالواقع ، ويخضع لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائفاً يتفق والثابت بالأوراق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم إذ قرر بأن الوكيل قد تجاوز حدود التوكيل قد أقام ذلك على استخلاص موضوعى سائغ ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٥)

٢٧٤- تغيير طريقة تنفيذ الوكالة بما لا يضر بالموكل :

إذا قام الوكيل بتنفيذ الوكالة بطريقة تختلف عن تلك الواردة بعقد الوكالة ولكن لم يترتب عليها ضرر للموكل ، فلا تتعقد مسؤولية الوكيل قبل الموكل . ومثال ذلك أن يقوم الوكيل بشراء سلعة كلف بشرائها من النوع المتفق عليه ، ولكن من غير المكان الذي حددته الوكالة . أو إذا اشترى السلعة بسعر أعلى من السعر المتفق عليه ، ولكنه تحمل فرق السعر^(١).

ومن باب أولى إذا عقد الوكالة بشروط أفضل ، كان يبيع منزلا عهد إليه ببيعه بسعر معين ، بسعر يزيد على السعر المطلوب . أو إذا كان معهودا إليه ببيع المنزل في المثال السابق بالأجل فتقاضى الثمن معجلا .

٢٧٥- إجازة الخروج على الحدود المرسومة للوكالة استثناء :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدق على أن :
" على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يوجب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة " .

ومثل ذلك - على ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي- أن يكون الوكيل قد وكل في بيع قدر معين من الأرض فتهيات له صفقة رابحة وباع قدرا أكبر .

(١) محمد على عرفه ص ١٧٧ .

أو وكل في الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن
رسمى^(١).

والشرطان اللذان نصت عليها المادة هما :

الشرط الأول :

أن تكون الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق
على هذا التصرف.

وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدي تتضمن عبارة "وكانت
الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف " ،
إلا أنها عدلت بلجنة المراجعة إلى " وكانت الظروف يغلب معها الظن
بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف " ^(٢).

والمعيار هنا شخصي محض يستمد من الإرادة المفترضة للموكل ذاته
وبشخصه فلا يرجع فيه إلى ما كان يقبله عادة موكل عادي يوجد في
نفس الظروف . ولكن للوكيل أن يبين الاتجاه المحتمل لإرادة الموكل من
الظروف أى من عناصر ليست شخصية محضة .

فالمعيار شخصي بمعنى أنه يقوم أصلا على الإرادة الحقيقية للموكل،
كأن يتبين من الظروف مثلا أنه _ في المثل السابق _ كان يرغب في بيع
أرضه كلها وأنه ما قصر التوكيل بالبيع على جزء منها إلا لوجود مشتر
لهذا الجزء دون غيره . وإن كانت الإرادة المنفردة تدق إلى حد بعيد^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٣) أكتفم الخولى ص ٢١٦ وهامش (١) .

وعبارة النص هي من العموم بحيث لا تقتصر على حالة الزيادة أو النقص في العمل موضوع الوكالة ، بل يمكن أن تتعداها على حالة القيام بعمل آخر يختلف تماما عن العمل موضوع الوكالة . كأن يشتري الوكيل المكلف بشراء سيارة جديدة من طراز معين سيارة جديدة من طراز آخر أو سسيارة مستعملة من نفس الطراز أو أن يشتري الوكيل المكلف بشراء قطعة أرض للبناء في مصر الجديدة قطعة أرض أخرى في المعادي .
فالعبرة بتوافر الشرطين الواردين بالمادة لا بطبيعة أو درجة الخروج عن حدود الوكالة كما يرسمها العقد^(١) .

الشرط الثاني :

أن يكون من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفا بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة ، بحيث أنه لو تراخى في تنفيذ الوكالة حتى يقوم بإخطار الموكل لضاعت عليه الصفقة.

(١) أكثم الجبولى ص ٢١٦ وما بعدها - في هذا المعنى السنهوري ص ٥٨١ - وقارن الدكتور على عرفه ص ٢٧٧ إذ يرى أن النص يحول سلطة للوكيل على خلاف مقتضى القواعد العامة ، إذ ألزم الموكل بتصرف لم يدر بخلده ولا يوافق عليه .

ويرى تفسير هذا على ضوء النصوص الأجنبية التي استقى منها التي تجيز للوكيل في مثل هذا الفرض أن يخالف تعليمات الموكل. كما في المثال الثاني الوارد بالمذكرة الإيضاحية ولا تتعدى ذلك إلى إباحة الخروج عن حدود الوكالة، وقرق بين مخالفة التعليمات التي تقع بتغير طريقة التنفيذ فحسب والتجاوز كلية عن حدود الوكالة الذي تنتفى معه نيابة الوكيل عن الموكل كما في المثال الوارد بالمذكرة الإيضاحية، ومن ثم فلا يباح للوكيل إلا مخالفة التعليمات.

وقتئذ جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" على أنه يجوز له " أى الوكيل " أن ينقص أو يزيد أو أن يعدل بوجه عام في حدود الوكالة مع بقاءه وكيلًا وذلك بشرطين : (أ) أن تكون الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف ، كما إذا كان قد وكل في بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صفقة رابحة وباع قدرًا أكبر ، أو وكل في الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمى . وإذا قام نزاع بين الوكيل والموكل في تحقيق هذا الشرط كان الأمر محلا لتقدير القاضى . (ب) أن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدما بتصرفه . ويترك تقدير هذا أيضا للقاضى " (١).

٢٧٦- أثر توافر شرطى تجاوز حدود الوكالة :

إذا توافر شرطًا يتجاوز حدود الوكالة اللذان عرضنا لهما في البند السابق، نفذ في حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما تجاوز فيه حدود الوكالة، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل ، سواء كان الغير عالمًا بمجاوزة حدود هذه الوكالة أو غير عالم .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٠٦ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا توافر هذان الشرطان نفذ في حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل ، علم الغير أو لم يعلم بمحاورة الوكيل لحدود الوكالة " .

، ومفاد ذلك أن هناك نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، وقد أقام القانون هذه النيابة على أساس إرادة مفترضة لا صريحة ولا ضمنية من جانب الموكل^(١).

غير أنه يجب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بما أدخله على الوكالة من تعديل ، فإن تأخر لم يؤثر ذلك في اعتباره وكيلا فيما قام به من العمل ، وإنما يكون مسئولا عن التعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للموكل، كما إذا باع هذا المشتري آخر القدر الزائد من الأرض الذى باعه الوكيل مجاوزا حدود الوكالة فرجع المشتري عليه بضمان الاستحقاق^(٢).

أما إذا لم يتوافر الشرطان سالفا الذكر، فلا يعتد بالوكالة إلا في حدودها المرسومة . أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود يجوز اعتباره فضوليا إذا توافرت شروط الفضالة ، كما يجوز اعتباره وكيلا ظاهرا إذا توافرت شروط الوكالة الظاهرة .

أما إذا لم تتوافر شروط الفضالة أو الوكالة الظاهرة توقف تصرف الوكيل فيما جاوز حدود الوكالة على إقرار الموكل، فإذا لم يقره لم ينصرف أثره إليه.

(١) السهنورى ص ٥٨٣ - الدكتور المستشار محمد شتا ص ١١٣٥.

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٠٧.

غير أنه إذا أقر الموكل هذا التصرف ، فإنه يجب أن يكون عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة ، وأنه أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه .

وفى هذا جاء بمذكرة الشروع التمهيدى أنه :

"..... أما إذا لم يتوافر الشرطان المتقدمان ، بأن كانت الظروف لايمكن أن يفترض معها أن الموكل كان يوافق على تصرف الوكيل ، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل مقدما بتصرفه ولم يفعل ، فلا تعتبر الوكالة إلا فى حدودها المرسومة . أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود فتتبع الأحكام المقررة فى ذلك ... إلخ " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إقرار الموكل عقد البيع الذى أبرمه وكيله - بتوكيل عام- يرتد أثره إلى وقت التعاقد فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من هذا الوقت ومسادام الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود وكالته وقت تعاقدته معه فإنه يتقيد بإيجابه حتى يعلن الموكل موقفه من حيث إقرار التصرف أو عدم إقراره فإذا أقره لم يكن لهذا الغير أن يتدخل من تعاقدته مع الوكيل " .

(طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٢- " يشترط فى إقرار الموكل لما يباشره الوكيل خارجا عن حدود توكيله أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه " .

(طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

٣- (أ)- " تصرف الوكيل الذى يجاوز حدود وكالته الخاصة لا يسأل عنه الموكل إلا إذا أجازره بعد حصوله قاصدا إضافة أثره إلى نفسه".

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧٢/٣/٦)

(ب)- " إذا كانت الطاعنة قد دفعت بأنها لم تضع يدها على أطيان الشركة بنفسها ، ولم تكلف وكيلها بإدارتها. فإنه كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تحقق هذا الدفاع الذى قد يتغير به إن صح وجه الرأى فى الدعوى ، لا أن تكفى فى الرد عليه بما أثبتته الحكم النهائى السابق من أن الوكيل الذى يتولى إدارة أموالها الخاصة كان وكيلًا عن مورث الطرفين ، واستمر فى إدارة أطيان الشركة دون أن تربطه بالورثة علاقة تعاقدية أو قانونية ، إذ هو لا يعتبر وكيلًا عن الطاعنة فى قيامه بالإدارة خارجا عن حدود وكالته . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد على هذه الواقعة بصفة أساسية فى اعتبار الطاعنة وكيلة عن المطعون عليهن فى إدارة الأطيان المخلفة عن مورث الطرفين ، كما أنه لم يأخذ بأقوال شاهد المطعون عليهن ، إلا على أساس أنها متفقة مع هذه الوقائع ، وهى لا تؤدي إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧٢/٤/٦)

٤- " لئن كان طلب الوكيل لإيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة خاصة تبيح له ذلك إعمالا لنص المادة ٧٠٢ من القانون المدنى، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة ، وأبرم تصرفا فإن هذا التصرف يكون

موقوفاً على إجازة الموكل ، فإن أقره اعتبر نافذاً في حقه من وقت إبرامه .
وإذا كان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامي الذي كان يباشر
عنهم إجراءات التنفيذ العقارى ، وطلب إيقاع البيع عليهم رغم أن
وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية ، فإن إجازتهم
اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة ويضحي التصرف
صحيحاً و نافذاً في حقهم ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن
النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون وتفسيره يكون غير صحيح " .

(طعن رقم ٤٨٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٢٩)

٥- " إنه وإن كان الأصل أن التصرف الذي يعقده الوكيل دون نيابة
لا ينصرف أثره إلى الموكل ، فإن هذا الأخير يكون مع ذلك بالخيار بين أن
يقره أو لا يقره ، فإذا اختار أن يقره أمكن ذلك صراحة أو ضمناً ، فإذا
أفسره لم يميز له الرجوع في هذا الإقرار ويتم الإقرار بأثر رجعى بما يجعل
التصرف نافذاً في حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل ، إذ أن الإقرار
اللاحق في حكم التوكيل السابق " .

(طعن رقم ٨٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٦/١٠)

٢٧٧- لا يعيب الحكم الذى استظهر حدود الوكالة تزيده فى أسبابه :

إذا خلصت المحكمة في قضائها إلى أن تصرف الوكيل كان في الحدود
المرسومة لوكالته ، وأعملت أثر هذه الوكالة ، فإنه لا يعيب حكمها أن
تضيف إلى أسبابها أن الموكل قد أجاز التصرف بعد حصوله .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قضت المحكمة بأن تصرف الوكيل كان في حدود وكالته وأضاف في أسباب حكمها أن الموكل قد أجاز التصرف بعد حصوله ، كان ذلك منها تزييدا مهما ينعى عليه من خطأ فإنه لا يؤثر في سلامة الحكم وقيامه على صحة التصرف ونفاذه أصلا " .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٢/١٧)

٢٢٨- تعاقد الوكيل مع نفسه :

تنص المادة ١٠٨ مدق على أنه :

" لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " .

فقد حظر النص على الشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، بدون ترخيص من الأصل . فللتعاقد مع النفس صورتان الأولى : أن يكون الشخص طرفا في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى . والثانية : أن يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين في آن واحد .

وفي الصورة الأولى يتحقق التعارض بين مصالح الشخص ومصالح الأصل ، وفي الصورة الثانية يكون عمل الشخص أقرب إلى معنى التحكميم منه إلى معنى النيابة ومصلحة الأصل لا تيسر لها ضمانات

الحماية الواجبة في كلتا الحالتين ، إذ يخشى التضحية بمصالح أحد الطرفين^(١). ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه غير نافذ في حق الأصل لأنه إذا تعاقد الوكيل مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحا به قانونا ، اعتبر أنه في تعاقد هذا خارجا عن حدود نيابته ، ومن ثم لا يكون التصرف نافذا في حق الأصل^(٢) ، كالأشأن في أى تصرف يتجاوز

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠٥ وما بعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٤٠ - عبد المنعم الصده ص ١٥٨ - جمال مرسى بلر ص ٢٣٢ - السنهوري ص ٥٣١ - وقارن مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها عن المادة (١٦١) من المشروع التمهيدى، التى أصبحت بعد تعديل طفيف فى الصياغة، المادة ١٠٨ من القانون " ... اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطالان لمصلحة الأصل " مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠٦ - وهذا من المذكرة غير سديد ، إذا أن التكليف القانونى السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، فى الحالة التى نحن بصدها ، يقع غير نافذ فى حق الأصل على النحو الوارد بالمتن.

وقد قمشت محكمة النقض مع هذا الرأى فقضت بتاريخ ١٩/١٢/١٩٦٣ فى الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق بأن :

" تقضى المادة ١٠٨ من القانون المدق بأنه : " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل " فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا فى حق الأصل إلا إذا أجازره ، وقد استثنت المادة من حكمها الأحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد . فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الإيصال - على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه - إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة ، فإن هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتبارى الذى ينوب عنه (الشركة) -

ففيه الوكيل حدود وكالة. ولوجود قرينة قانونية ، هي أن الشخص إذا وكل غيره عنه في التعاقد ، فهو لا يقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل ^(١).

وقد نصت المادة على أنه : " يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التفاد " - وعلى ذلك إذا أقر الأصيل التصرف الذي قام به الوكيل مجاوزا فيه حدود نيابته ، فإن التصرف ينفذ في حقه ^(٢).

"وهو ما لا يجوز عملا بالمادة ١٠٨ سالفة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالي لا يجوز للمدير أن يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير. بصفته الشخصية متضمنة إقرارا منه بملكية سيده ما لقيمة تلك الوديعة وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها في صلب السند فإن الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته في ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة، وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالي يلور معه وجودا وعدما ، ومن ثم فإن عدم نفاذ عقد الوديعة في حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩)

(١) السنهوري ص ٥٣١.

(٢) والملاحظ أن المادة استعملت تعبير " الإجازة " وفي هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الإجازة ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطال (م ١/١٣٩ مدق) وبين الإقرار ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كان محتج به عليه لولا الإقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ في المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الإقرار وينلو أن استبدال تعبير الإجازة به تم في بعض مراحل التقنين بغير التفات إلى الفارق الاصطلاحي بين التعبيرين (جمال مرسى بلر ص ٢٣٢ هامش ١) .

وقد جاء في القانون المدني في مواد البيع تطبيقات للقاعدة المنصوص عليها بالمادة ١٠٨ في المواد ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ ، وهي تقضى بأن :

١- لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزداد العلني ما ينط به يبعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإحلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى (٤٧٩م) .

٢- لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار (٤٨٠م) .

وقد نصت المادة ٤٨١ على أن العقد يصح في الأحوال المنصوص عليها في المادتين سالفتي الذكر إذا أجازته من تم البيع لحسابه .

وقد استثنى النص من قاعدة التحريم الواردة به ، ما يرد به استثناء في القانون ، أو قواعد التجارة .

وعن إشارة المادة ١٠٨ إلى ما تقضى به قواعد التجارة فقد ذكرت مذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود بذلك هو إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى ^(١) .

(١) وينسب البعض إلى أنه إذا كان هذا هو المقصود بعبارة قواعد التجارة في المادة ١٠٨ كان في إدخالها ضمن الأحكام العامة في النيابة نظرا لذلك أن الوكيل

العناية الواجبة في تنفيذ التزام الوكيل :

٢٧٩- النص القانوني :

المادة (٧٠٤) مدني :

" ١- إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد " .

٢- فإِنْ كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد " .

٢٨٠- التزام الوكيل التزام ببذل عناية :

يبين من نص المادة ٧٠٤ مدني أن التزام الوكيل بتنفيذ عقد الوكالة هو دائما التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية ، سواء كانت الوكالة بأجر أو بدون أجر . وسواء كان محل الوكالة التزاما بتحقيق غاية كالبيع والرهن ، أو يتضمن التزاما ببذل عناية كالإيجار والغارية والوديعة^(١).

= بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصيل فتلحق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره إلى الأصيل بينما أن التعاقد باسم الأصيل شرط أساسي لتحقيق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة إلى الأصيل (مادة ١٠٦)، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكلاء غير نائب كان في إدخال تصرفه عن طرفي العقد في باب تعاقد النائب مع نفسه محل نظر (جمال مرسى بدر ص ٢٣١ وما بعدها) .

(١) السنهوري ص ٥٨٩.

٢٨١- مسؤولية الوكيل عن الخطأ العادى :

إذا كانت الوكالة بلا أجر ، فقد اكتفى النص بأن يبذل الوكيل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .

فالوكيل غير المأجور. يبذل في تنفيذ الوكالة العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، ولو كانت دون العناية الذي يبذلها الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعي .

وإذا كان الوكيل شديد الحرص في إدارة شئونه الخاصة ، فإنه لا يطالب ببذل نفس العناية بالنسبة لشئون الموكل ، بل يكفي منه بالعناية المعتادة .

فإذا كان الوكيل قد اعتاد مثلاً أن يؤمن على عقاراته من الحريق، فإنه لا يحاسب على عدم التأمين على عقار من عقارات الموكل عند احتراقه، لأن مثل هذه العناية لا تتطلب من الرجل العادى . وعلة ذلك واضحة ، وهي أن الوكيل هنا يؤدي خدمة مجانية لمصلحة الموكل فلا يسوغ أن يجزى على تطوعه هذا بأن يحاسب عن عمله حساباً عسيراً^(١).

أما إذا كانت الوكالة مأجورة التزم الوكيل ببذل عناية الرجل المعتاد بصرف النظر عن مبلغ عنايته بشئونه الخاصة ، فإذا كان الوكيل شديد الحرص في شئونه نفسه ، فإن التزامه في تنفيذ الوكالة لا يمكن أن يتجاوز عناية الرجل المعتاد.

(١) محمد على عرفه ص ٢٧٨ .

وإذا كان الوكيل يئذل في شئون نفسه عناية تقل عن عناية الرجل المعتاد، كان مع ذلك مسئولاً عن بذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الوكالة. فالمعيار هنا موضوعي لا شخصي^(١).

وتكون الوكالة في حكم المأجورة ، إذا عقدت لمصلحة الوكيل حتى لو كانت بغير أجر^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجب أن يئذل الوكيل في تنفيذه الوكالة القدر الواجب من العناية . وقد حدد المشرع هذا القدر مطبقاً في ذلك المادة ٢٨٨ من المشروع ، وقد سبقت أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعة . فالوكيل إذا كان مأجوراً تطلب منه عناية الرجل المعتاد. أما إذا كان غير مأجور فلا يطلب منه أن يئذل من العناية إلا ما يئذله في أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد ، وهذه هي المعايير التي تتمشى مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية " ^(٣).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" نص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٤ من القانون المدق يلزم الوكيل المأجور أن يئذل دائماً عناية الرجل العادى بصرف النظر عن مبلغ عنايته بشئونه الخاصة لأن الاتفاق على مقابل يتضمن حتماً التعهد من جانب الوكيل بأن يئذل في رعاية مصالح الموكل العناية المألوفة فلا يفترضه إلا

(١) أكرم الخولى ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) استئناف عتلط ١٩٢٨/٢/٧ مشار إليه بالسهنورى ص ٥٩٦ هامش (٢).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٠٧ .

التقصير اليسير وبماسب دائماً على التقصير الجسيم ولو كان قد اعتاده في شئونه الخاصة فهو يسأل عن تقصيره الحادث بفعله أو بمجرد إهماله ، فإذا لم يتخذ عند تنفيذ الوكالة الاحتياطات التي تقتضيها رعاية مصالح الموكل أصبح مسئولاً قبله عن تعويض ما يصيبه من ضرر من جراء هذا الإهمال ، وتقرر مسؤولية الوكيل في هذه الحالة دون حاجة لإعذاره مقدماً لأن مسئوليته متفرعة عن التزامه بتنفيذ الأعمال الموكل بها تنفيذاً مطابقاً لشروط عقد الوكالة " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

وينبى على ذلك ما يأتى :

(أ) - يكون الوكيل المأجور مسئولاً إذا تأخر في تنفيذ الوكالة دون مرور فاضاع على الموكل صفقة رابحة .

أما إذا كان غير مأجور ومعروفا بالتهاون في شئونه الخاصة فإنه لا يكون مسئولاً^(١).

أو تقاعد عن المطالبة بدين حتى انقضى بالتقادم أو امتناعه عن المطالبة به في ميعاده .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقاعد الوكيل عن المطالبة بالدين حتى انقضى بالتقادم أو امتناعه عن المطالبة به في ميعاده ، مما أدى إلى عدم إعمال شرط القسح الاتفاقى لا يعد تصرفاً قانونياً يصح أن يكون موضع بحث في مدى اتساع الوكالة له

(١) السهورى ص ٥٩٧ .

وإنما هو واقعة مادية يفيد المدين من آثارها القانونية ، ويسأل عنها الوكيل أمام موكله " .

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣٠)

(ب) - إذا كان الوكيل مأجورا ووكّل في شراء منزل ، وكان بالمنزل عيوب ظاهرة لا تخفى على الشخص العادى، كان مسئولا عن ذلك نحو الموكل . فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تخفى عليه هو لم يكن مسئولا .

أما إذا كانت العيوب خفية ولم يدركها ، وكان من اليقظة بحيث كان يستطيع إدراكها لو بذل عنايته الشخصية ، فلا يكون مسئولا عنها سواء كان مأجورا أو غير مأجور . ذلك أنه إذا كان مأجورا لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد والمفروض أن كشف العيوب يتطلب عناية أكبر .

وإذا كان غير مأجور لم يكن مسئولا عن أزيد من عناية الشخص المعتاد ولو كانت عنايته الشخصية أعلى من ذلك . ولكن للموكل في هذا الفرض أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية^(١).

(ج) - لايسأل الوكيل عن عدم التأمين على عقار من عقارات الموكل عند احتراقه ، ولو كان الوكيل شديد الحرص في إدارة شئونه الخاصة، لأنه لا يطالب ببذل نفس العناية بالنسبة لشئون الموكل بل يكفي منه بالعناية المعتادة^(٢).

(١) السنهورى ص ٥٩٨ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٧٨ .

(د) - يسأل الوكيل المكلف ببيع عقار أو إيجاد مشتر أو مستأجره ،
عن إعسار هذا المشتري أو المستأجر إذا كان إعسارهما ظاهر، سواء كان
الوكيل مأجورا أو غير مأجور .

(هـ) - يكون الوكيل مسئولاً قبل الموكل إذا تصالح مع المدينين
تنفيذا للوكالة وثبت أن في صلحه معهم إضرارا بالموكل لتنازله عن جزء
من دين المحال عليهم مما جيب أن يقدم عنه حسابا على اعتبار أن التحويل
كان على سبيل التحصيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الطاعن قد قام بالصلح مع المدينين تنفيذا للوكالة فإنه
يكون صحيحا ما رتبته الحكم على التكييف الذى انتهى إليه من مسؤولية
الطاعن إذا ما ثبت أنه في صلحه معهم أضر بالموكل بأن تنازل عن جزء
من دين المحال عليهم مما يجب أن يقدم عنه حسابا على اعتبار أن التوكيل
كان على سبيل التحصيل . أما القول بأن حقيقة العملية هى اشتراط
لمصلحة الغير وهو هنا الطاعن فينفية أن الاتفاق لا يخول الطاعن حقا
مباشرا قبل مورثه في استيفاء دينه منه " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢)

٢- " إذا كان العرف أو القانون في البلد الذى شحنت إليه البضاعة
يحول دون تنفيذ تعليمات البائع من عدم تسليم سندات الشحن إلا بعد
دفع قيمتها بالاسترليني وكان البائع قد اشترط عند عدم الدفع تخزين
البضاعة والتأمين عليها فإنه يكون من الواجب على البنك الذى نيظ به

هذا العمل إما التنحي عن قبوله أو القيام بتخزين البضاعة وفقا لتعليمات المرسل فإن خالف ذلك وسلم المستندات كان مسؤولا عن عمله " .

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٠)

٣- "القول بأن ناظر الوقف له أن يوجر أعيانه ولو بغبن فاحش إنما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر الموجر له ومن يخلفه في النظر ولا يتعدى ذلك إلى المستحقين ولا يسرى عليهم لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجرا يعتبر مسؤولا أمامهم عن تقصيره وفقا للقواعد الخاصة بعقد الوكالة. وإذن فمقى كان الواقع هو أن ناظر الوقف الذى يتقاضى أجرا قد أجر أعيان الوقف بغبن فاحش فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذه الأجرة في علاقة الناظر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٨)

٤- " لما كانت العلاقة بين ناظر الوقف والمستحق تخضع لأحكام الوكالة ولحكم المادة ٥٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ التى تنص على أنه يعتبر الناظر أمينا على مال الواقف ووكيلا عن المستحقين - والناظر مسئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم كما ينشأ عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر وذلك بالقدر الذى يرتبط بالمسؤوليتين المدنية والجنائية وطالما أنه لم يثبت تقصير ناظر الوقف فإنه لا يصح أن يعدل عن عقود الإيجار التى أبرمها. وإذ لم يبين الحكم المطعون فيه السند القانونى لقضائه بمسؤولية ناظر الوقف عن أجر المثل ولم يحقق عناصر هذه المسؤولية ولم يعرض ما إذا كان يعمل بأجر أو بغير أجر وما إذا كان قد ثبت

تقصيره ومدى ذلك التقصير ، فإن الحكم يكون قد أعجز بذلك محكمة النقض عن ممارسة وظيفتها في مراقبة صحة تطبيقه للقانون مما يتعين نقضه".

(طعن رقم ٨٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢)

٥- " ناظر الوقف وإن كان لا يسأل في دعوى الحساب إلا عما قبضه بالفعل من إيراد الوقف ، إلا أنه باعتباره وكيلًا عن المستحقين يكون مسئولًا في ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، وعن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر . وإذا كان الثابت أن دعوى الحساب رفعت على المطعون عليها بصفتها الشخصية وبصفتها ناطرة على الوقف ، وطالبها الطاعن بالمستحق له من الإيراد في الوقف ، وتمسك في دفاعه أمام محكمة أول درجة وفي صحيفة استئنافه بنصبيه في إيراد منزلين لم توجرهما ودكانين تنازلت عن أجرتهما - وكان ما أورده الحكم المطعون فيه ينصب على مسؤولية المطعون عليها في مال الوقف ، ولا يواجه دفاع الطاعن في شأن مسؤوليتها عن تقصيرها وإهمالها في تأجير المنزلين وفي التنازل عن أجره الدكانين ، وهو دفاع جوهري من شأنه - لو صح - أن يغير وجه الرأي في الدعوى ، فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور في التسيب " .

(طعن رقم ٢٤٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٨)

٦- " تخضع العلاقة بين ناظر الوقف والمستحقين فيه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لأحكام الوكالة ولحكم المادة ٥٠ من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، التي تردد حكم المادة ٥٢١ من القانون

المدين السابق ، وتعمل حكم المادة ٧٠٤ من القانون المدنى الحالى . وهما اللتان تحدان مسؤولية الوكيل بصفة عامة ، ومفاد ذلك أن ناظر الوقف إذا قصر نحو أعيان الوقف أو غلاته كان ضامنا دائما لما ينشأ عن تقصيره الجسيم ، أما ما ينشأ عن تقصيره اليسير فلا يضمنه إلا إذا كان له أجر على النظر " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٣)

٢٨٢- مسؤولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم :

لم تتناول المادة ٧٠٤ مدنى مسؤولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم، وإنما تركت ذلك للقواعد العامة .

وقد نصت المادة ٢/٢١١ مدنى فى صدد المسؤولية عن الخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية على أن : " وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتية من غش أو خطأ جسيم " .

وعلى ذلك فإن الوكيل سواء كان مأجورا أو غير مأجور يكون مسئولا عما يرتكبه من غش أو خطأ جسيم .

وتظل مسؤولية الوكيل ولو كان هناك اتفاق بينه وبين الموكل على الإعفاء من هذه المسؤولية .

ومن الأمثلة على الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من الوكيل ما يأتى:

١- أن يطعن الموكل على سند بالتزوير ، فيقر الوكيل بصحة السند بناء على الغش والتواطؤ مع الخصم .

وفر، هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مضى كانت المحكمة قد حصلت من الوقائع المطروحة أمامها أن الإقرار الصادر من وكيل المطعون عليها بصحة السند الذى طعنت فيه موكلته بالتزوير كان وليد الغش والتواطؤ مع الطاعنة فلا يسرى فى حق المطعون عليها كما لا يسرى فى حق القاصر لأن المطعون عليها لم تكن عينت وصيا عليه وقت صدور التوكيل ولم يوافق عليه المجلس الحسى بعد تعيينها وفى هذا ما يكفى لإهدار حجته فإنه يكون غير منتج ما تمسكت به الطاعنة من أن الإقرار صدر من وكيل المطعون عليها قبل إلغاء توكيله".

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/١٥)

٢- تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة دون التنحي عنها فى الوقت المناسب.

٣- إذا كان الوكيل معهودا إليه بيع أرض زراعية أو تأجيرها وقام ببيعها بثمن بخس أو بتأجيرها بأجرة بخسه بالتواطؤ مع المشتري والمستأجر.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من القانون المدق أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بمحقق موكله، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل . وإذا كان البين من الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه لأسبابه أنه استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود المطعون عليه الأول أن عقدى الإيجار سند الطاعن الأول صدرا فى ظروف مريبة وفى غير

مواعيد تحديد عقود إيجار الأراضي الزراعية ، وأن الطاعن الثاني لم يبرزهما إلا بعد أن دب الخلاف بينه وبين المطعون عليه الأول، واتخذ من عدم إشارة الطاعن الثاني في الإنذار الموجه منه إلى هذين العقدين قرينة على اصطناعهما وكانت هذه الأسباب سائغة ومؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها المحكمة من أن عقدي الإيجار قد حررا بطريق الغش والتواطؤ ، وكان الحكم إذ تحدث عن صورية عقدي الإيجار الصادرين إلى الطاعن الأول من شقيقة - الطاعن الثاني - بوصفه وكيلًا عن المطعون عليه الأول مستندا إلى القرائن التي استظهرها إنما قصد الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بين طرفي العقد إضرارا بالموكل ، فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٧٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧)

٤- إذا كان بيد الوكيل مال للموكل فقام باستعماله لمصلحته ، فإذا كان ذلك بنية تملكه كان مبددا ووقعت عليه العقوبة المنصوص عليها بالمادة ٣٤١ عقوبات كما يلتزم بفوائد المبلغ من وقت استخدامه عملا بالمادة ٧٠٦ مدني التي تجرى على أنه : " ١- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢- وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر " .

٥- إذا رحل الوكيل متأخرات الإيراد المستحق له من سنة إلى أخرى، ولم يطالب بها مما نجم عنه سقوطها بالتقادم .
وهي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مورث الطاعنين وكيلا بالإدارة وأنه بذلك كان مسئولاً عن أخطائه الجسيمة وأن ترحيله للمتأخرات من سنة لأخرى وقعوده عن المطالبة بها أدى إلى سقوطها بالتقادم فإن النعي عليه بفساد الاستدلال يكون غير سديد " .

(طعن رقم ٦٦٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/١١/٣)

٢٨٣- عدم مسئولية الوكيل عن السبب الأجنبي :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٦٥ مدق أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدل له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

ومن ثم فإنه إذا لحق الموكل ضرر نتيجة عدم البدء في تنفيذ الوكالة أو عدم الاستمرار في التنفيذ ، أو حصول أى خطأ في تنفيذ الوكالة ، نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، كما إذا كانت مهمة الوكيل شراء أو بيع منزل ، وقبل تنفيذ الوكالة احترق المنزل بقوة قاهرة أو بحادث فجائى ، فأصبح تنفيذ الوكالة مستحيلًا أو نتيجة خطأ الموكل نفسه ، كما لو كان الوكيل فى حاجة إلى تلقى بيانات من الموكل لتنفيذ وکالته فأمدّه ببيانات خاطئة .

أو كان الضرر نتيجة خطأ الغير ، كأن يقتضى التنفيذ أن يودع الوكيل مال الموكل عند الغير ، فضاء المال بفعل المودع عنده ، ولم يكن الأخير تابعا للوكيل .

غير أنه يجوز الاتفاق على خلاف ما تقدم بالتفصيل الذى سيلي (أنظر بند ٢٨٦).

٢٨٤- إثبات مسؤولية الوكيل :

تطبق القواعد العامة فى إثبات خطأ الوكيل . فإذا كان التزام الوكيل التزاما محددًا أى بنتيجة كرفع دعوى مثلا ، فليس على الموكل إلا أن يثبت عدم تحقق هذه النتيجة ويبقى على الوكيل أن يثبت السبب الأجنبى. أما إذا كان التزام الوكيل التزاما عاما بالحرص والمقظة أى التزاما بوسيلة كالبيع بريح كبير مثلا أو بالمرافعة لكسب الدعوى ، فإن على الموكل أن يثبت قصور الوكيل عن بذل العناية التى يلزمه العقد ببذلها^(١). وإذا ادعى الوكيل أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى كان عليه إثبات السبب الأجنبى .

والوكيل لا يستطيع إثبات التصرف القانونى الذى أبرمه إلا طبقا للقواعد العامة فى الإثبات . فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا تجاوز قيمته خمسمائة جنيه . أما إثبات الوقائع المادية التى صدرت من الموكل فيكون بكافة الطرق^(٢).

(١) أكرم الخولى ص ٢٢٦ .

(٢) السنهورى ص ٦٠٤ هامش (١) .

٢٨٥- التعويض :

لا يقضى للموكل بتعويض قبل الوكيل - طبقاً للقواعد العامة - إلا إذا نجم عن الخطأ في تنفيذ الوكالة ضرر له . ويكون التعويض بمقدار الضرر . فإذا كان محل الوكالة قبض دين للموكل ولم يقم الوكيل بتنفيذ الوكالة ، كان التعويض بمقدار هذا الدين .

ومسئولية الوكيل عن خطئه في تنفيذ الوكالة تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت الوزارة الطاعنة باعتبارها وكيله بأجر عن المستحقين ، مسئولة عن تقصيرها اليسير ، فإن مسئوليتها لا تسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٣٧ في جلسة ١٧/٦/١٩٧١)

وإذا فوت المحامي ميعاد رفع الدعوى أو ميعاد الطعن تقصيراً منه، كان مسؤولاً عما كان الموكل يكسبه من رفع الدعوى أو الطعن في الميعاد. غير أنه عند الحكم على مسلك الوكيل في تنفيذ الوكالة يجب النظر إلى مجموع أعمال وكالته بحيث يتقاضى عن خطأ صدر منه إذا كان يقابله إحسان في تنفيذ الوكالة يعود بالنفع على الموكل في جانب آخر من مجموع الأعمال التي قام بها^(١)، بحيث يغطي النقص الذي حصل في الجانب الآخر .

(١) أكثم الخولى ص ٢٢٧ - وعكس ذلك السنهاورى ص ٦٠٦ فيقول : قد يكون الوكيل موكلًا في بيع أرض ومنزل ، فيبيع الأرض بثمن أعلى من ثمن المثل والمنزل بثمن أدنى ، ويكون ما كسبه في الأرض مساوياً أو -

٢٨٦- الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية :

تقضى المادة ٢١٧ مدنى فى فقرتها الأولى والثانية بأن : " ١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

٢- كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه " .

ومفاد هذا النص أنه يجوز للموكل والوكيل الاتفاق إما على تشديد مسؤولية الوكيل وإما على التخفيف منها .

فيجوز الاتفاق على أن يتحمل الوكيل الخسارة التى تنجم للموكل ولو كان سببها حادث مفاجئ أو قوة القاهرة . كأن يشترط الموكل على الوكيل ضمان الربح فى الصفقة التى يعقدها .

كما يجوز الاتفاق على ألا يكون الوكيل الخاص المأجور مسؤولاً إلا على عنايته الشخصية بشرط ألا تزيد على عناية الشخص المعتاد . أو يتفق على ألا يكون الوكيل مسؤولاً عن التعويض إلا فى حدود مبلغ معين ^(١) .

أعلى مما خسره فى المنزل، فلا تقع مقاصة بين الكسب والخسارة، ويكون الوكيل مسؤولاً عما خسره فى المنزل دون أن يستنزل من هذه الخسارة ما كسبه فى الأرض . ذلك أن ما كسبه فى الأرض هو خالص حق الموكل، فإن الوكيل إذا استطاع التعاقد بشروط أفضل عاد نفع ذلك خالصاً للموكل . فلا يكون الموكل مدنياً بهذا الكسب للوكيل حتى تقع مقاصة فيه مع ما خسره الوكيل فى المنزل ، وتبقى الخسارة ديناً فى ذمة الوكيل .

(١) السهنورى ص ٦٠٨ ما بعدها .

غير أنه لا يجوز إعفاء الوكيل من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ وكراته إذا كان ذلك ناشئا عن غشه أو خطئه الجسيم .
غير أنه يجوز اشتراط الوكيل عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ الوكالة .

٢٨٧- تطبيقات فى مسؤولية المحامى نحو موكله :

١- عدم حضور المحامى عن موكله فى الاستئناف المرفوع منه :

يكون المحامى مسئولا قبل موكله إذا لم يحضر فى الاستئناف المرفوع منه ، بناء على اتفاق بينهما ، مما أدى إلى اعتبار الاستئناف كأن لم يكن أو شطبه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم الابتدائى قد أقام قضاءه بمسؤولية المحامى عن تعويض موكلته عن خطئه فى الدفاع عنها فى قضية شرعية خطأ أدى إلى رفض دعاوها ، وكان الحكم المطعون فيه رغم تأييده الحكم الابتدائى لأسبابه أضاف أن المحامى قصر أيضا لعدم حضوره عن موكلته فى الاستئناف المرفوع منها عن الحكم الابتدائى رغم اتفاقه معها على الحضور ، فإن الحكم لا يكون متناقضا فى أسبابه تناقضا يطله ، ذلك أن الحكم المطعون فيه يقرر مسؤولية المحامى سواء صح دفاعه بأنه لم يخطئ فيما أبداه من دفاع عن موكلته لدى المحكمة الشرعية أم لم يصح لأنه كان لزاما عليه فى الحالة الأولى أن يباشر الاستئناف عن موكلته ليتوصل إلى إلغاء الحكم الابتدائى لمصلحتها بعد أن اتفق معها على ذلك " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٢٣)

٢- مسئولية المحامي عن الإهمال في المحافظة على مستندات موكله
ما أدى إلى فقدانها :
قضت محكمة النقض بأن :

" وكالة المحامي وإن كانت تستلزم منه المحافظة على ما يعهد به إليه موكله من مستندات إلا أن إهماله في المحافظة عليها لا يمكن أن تنصرف آثاره إلى الموكل لأن الفقد في هذه الصورة لم يكن من فعل الموكل أو نتيجة إهماله ، ومن ثم يتحقق به السبب الأجنبي الذي لا يد للدائن فيه في حكم المادة ٢/٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ " .

(طعن رقم ٨٩٩ لسنة ٤٣ في جلسة ١٩٨١/١٢/١٠)

٣- مسئولية المحامي إذا أبدى أية مساعدة ولو من قبيل الشورى
لخصم موكله :

تنص المادة ٨٠ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه :
"على المحامي أن يمتنع عن إبداء أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله في النزاع ذاته أو في نزاع مرتبط به إذا كان قد أبدى فيه رأياً للخصم أو سبقت له وكالة عنه فيه ثم تنحى عن وكالته وبصفة عامة لايحوز للمحامي أن يمثل مصالح متعارضة " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الفقرة الأولى من المادة ١٢٩ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة على أنه " على المحامي أن يمتنع عن إبداء أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله في النزاع ذاته أو نزاع مرتبط به إذا كان قد أبدى رأياً للخصم أو سبقت له وكالة عنه ... ثم تنحى عن

وكالته وبصفة عامة لا يجوز للمحامى أن يمثل مصالح متعارضة ... " يدل على أن الخطاب فى هذا النص موجه إلى المحامى مما مفاده أن إقدامه على تلك المخالفة يؤدى إلى مساعلته تأديبيا .

(طعن رقم ١١٥٦ لسنة ٤٧ فى جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

والمرشع وإن لم يرتب البطلان على مخالفة المحامى أحكام النص سالف الذكر ، إلا أن المحامى يكون مستولا أمام موكله عما أصابه من ضرر من جراء هذه المخالفة .

هل يجوز للمحامى الإدلاء بالشهادة بناء على طلب موكله ؟

مفاد المادتين ٦٦ ، ٧٩ من قانون الإثبات والمادة ٦٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ أنه يتمتع على المحامى أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة ، إلا أن ذلك كله يدور فى إطار حماية الخصم الموكل ، ومن ثم لاغضاضه عن سماع شهادته إذا رأى الموكل أن مصلحته فى ذلك .

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض . إذ ذهبت إلى أن :

"وحيث إن هذا النعى فى محله . ذلك أن النص فى المادة ٦٦ من قانون الإثبات على أنه " لايجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة . ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة

على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يحل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم " وفي المادة ٦٥ من قانون المحاماة ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه " على المحامي أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه ، إلا إذا كان ذكرها بقصد ارتكاب جناية أو جنحة " وفي المادة ٧٩ من القانون ذاته على أن " على المحامي أن يحتفظ بما يقضى به إليه موكله من معلومات، ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه في الدعوى " وفي المادة ٨٢ من قانون الإثبات على أنه " لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أنه يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لى سبب آخر " كل ذلك يدل على أن المشرع أطلق حق الخصم المكلف بالإثبات في اختيار شهوده ما لم يكن الشاهد غير قادر على التمييز ، مكثفياً بأن يكون للمحكمة السلطة التامة في تقدير قيمة كل شهادة ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون المشرع قد منع بعض الشهود من أداء الشهادة إن كان في ذلك إخلالاً بواجب ألزهمهم القانون مراعاته أو زعزعة لرابطة يحرص القانون على ثباتها أو أجاز للمستشهد بهم بالامتناع عن أداء الشهادة للاعتبارات نفسها ، فذلك كله يلور في إطار حماية أطراف هذه العلاقات دون غيرهم - لما كان ذلك وكان الثابت بمحضر جلسة التحقيق أمام محكمة الاستئناف بتاريخ ١٩٨٧/٤/٥ أن الطاعنين تمسكوا بسماع شهادة الأستاذ الحاضر بالجلسة والذي أبدى استعداداً لأدائها ، واعترض المطعون ضدهم

لأن المستشهد به كان محامى مورثة الطاعنين وأقيمت الدعوى من مكتبه، فرفضت المحكمة الاستماع إلى شهادته . ولم يورد الحكم المطعون فيه فى أسبابه ما يبرر هذا القرار فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه القصور فى التسييب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٦)

٤- مسئولية المحامى عن إفشاء المعلومات التى يدلى بها موكله :

تقضى المادة ٧٩ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن :
على المحامى أن يحتفظ بما يفضى إليه موكله من معلومات ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه فى الدعوى .

ومن ثم فإن إفشاء المحامى لهذه المعلومات دون طلب من موكله لإبدائها للدفاع عن مصالحه يرتب مسئولية المحامى قبل موكله .

٢٨٨- استخلاص خطأ المحامى نحو موكله مسألة تقديرية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" استخلاص محكمة الموضوع للخطأ الموجب لمسئولية المحامى قبل موكله أو نفى ذلك هو مما يدخل فى حدود سلطتها التقديرية متى كان استخلاصها سائفا ، وإذا كان ما أورده الحكم فى شأن نفى حصول خطأ من المحامى سائفا ويكفى لحمل النتيجة التى انتهى إليها فإن ما تضمنه وجه النعى لا يعلو أن يكون مجادلة فى تقدير محكمة الموضوع للدليل مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعنان رقما ٣٨٢ ، ٤٣٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٩)

حالة تعدد الوكلاء :

النص القانوني :

٢٨٩- المادة (٧٠٧) مدني :

" ١- إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للتقسام ، أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك . على أن الوكلاء ولو كانوا متضامين لايسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها .

٢- وإذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفاته " .

٢٩٠- سلطة الوكلاء عند تعددهم في العمل لحساب الموكل :

يمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٧ مدني إذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي .

فتوكيل عدة أشخاص بعقد واحد لا ينشئ لأي واحد منهم منفردا سلطة العمل لحساب الموكل بل تكون هذه السلطة لهم مجتمعين ، لأن المشرع وضع قرينة قانونية على أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين ومن ثم فإنه يتمتع على الوكلاء في هذه الحالة أن يمارسوا العمل منفردين ، فإذا باشر التصرف أحدهم أو بعضهم دون الباقيين كان تصرفهم باطلا لانعدام صفة من باشر التصرف .

و: يشترط أن يقوم الوكلاء جميعا بالتصرف ، بل يكفي أن ينفرد أحدهم بالتصرف في عمل يقتضى اجتماعهم لصحة التصرف ، ثم يوافق الوكلاء الآخرون على تصرف زميلهم ، فإن هذا التصرف يصح ويسرى قبل الموكل ، ولكن من تاريخ هذه المصادقة فقط ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين المشروط لهما في التصرف مجتمعين، إذا تصرف بإذن صاحبه أو بإجازته نفذ تصرفه صريحة كانت الإجازة أو ضمنية . فإذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفا صح تصرفه متى صدرت من شريكه في الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف " .

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٥ في جلسة ١٩٣٥/١٢/١٩)

وإذا تخلف أحد الوكلاء عن المساهمة مع الآخرين في عمل يقتضى اجتماعهم ، وترتب على ذلك عدم تنفيذ الوكالة انحصرت المسؤولية في شخص الوكيل المتخلف عن العمل دون الآخرين ، لأن عدم التنفيذ نجم في الواقع عن خطئه . مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين في شراء منزل معين ، فيجب عليهما أن يعملتا مجتمعين إذ أن صفقة البيع لا تنجز، فإذا امتنع أحدهما عن التوقيع على العقد ، وأدى ذلك إلى ضياع الصفقة على الموكل انفراد وحده بالمسؤولية فيكون كل من الوكلاء مسئولاً عن خطئه . ولا يجوز للموكل أن يرجع على كل منهم إلا حدود

(١) محمد على عرفه ص ٣٨١ .

ما نسب إليه من خطأ . إلا إذا اشترط تضامنهم صراحة في عقد الوكالة، أو كان التضامن مقرر بنص القانون .
غير أنه يستثنى من قاعدة عدم انفراد الوكلاء المتعديين بالتصرف حالتان :

الأولى : أن يرخص الموكل لأحد الوكلاء بالانفراد في العمل . وهذا الترخيص يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا.

الثانية : أن يكون العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي . والمقصود بهذا العمل هو الذي لا يتم إلا على نحو واحد معين لا يحتمل تقديرا أو وزنا للرأي قد يختلف من شخص إلى آخر . ومن أمثلة ذلك التوكيل يقبض الدين أو وفاته أو التوكيل بقبول هبة أو بالإبراء من دين إلى غير ذلك من الصور التي لا تلعب فيها إرادة الوكيل دورا يذكر في إتمام التصرف .

أما التوكيل بإدارة مزرعة أو التوكيل في البيع بثمن مناسب فهو توكيل بأعمال تحتاج إلى تبادل الرأي ويحتمل تنفيذها وجوها مختلفة لا بد من اتفاق الوكلاء المتعديين على اختيار أحدها . ويلاحظ أن تقسيم الأعمال من حيث لزوم تبادل الرأي لا شأن له بتقسيمها إلى أعمال إدارة وتصرف وتسرع . فمن أعمال الإدارة ما يحتاج إلى تبادل الرأي ومن أعمال التصرف أو التسرع ما لا يلزم فيه تبادل الرأي^(١).

(١) أكتفم الخولي ص ٢١٣ وما بعدها .

أما إذا عين الوكلاء المتعددون بعقود متعددة. فإنه يجوز لكل لأى منهم الانفراد بالعمل محل الوكالة . إلا إذا ثبت من الظروف أن الموكل قد قصد إلى وجوب اشتراك الوكلاء جميعا في التصرف .
فالأمر يتعلق بتفسير إرادة الموكل .

قد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- إذا تعدد الوكلاء في الأمر الواحد كان كل منهم مسئولا عن التزاماته كوكيل . فيجب أن ينفذ الوكالة ، ولايصح أن يعمل الوكلاء إلا مجتمعين ماداموا قد عينوا في عقد واحد ولم ينص صراحة في العقد على انفرادهم . أما إذا عينوا في عقود متفرقة ، أو في عقد واحد ونص صراحة على انفرادهم ، جاز أن ينفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة "(١).

٢٩١- جواز انفراد أحد المحامين الموكلين بالعمل:

تنص المادة ٧٧ مرافعات الواردة في الباب الثالث - الفصل الأول الخاص بالحضور والتوكيل بالخصومة على أنه :
" إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص في التوكيل " .

فقد خرج المشرع في هذا النص عن القاعدة العامة التى نص عليها في المادة ٢/٧٠٧ مدنى . فأجاز لأحد المحامين الموكلين بعقد واحد الانفراد بالعمل محل الوكالة ، ما لم يكن بالتوكيل نص يمنعه من ذلك .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لعدة محامين فإنه يجوز انفراد أحدهم بالتقرير بالطعن لأن قانون المرافعات قد خرج في الوكالة بالخصومة عن القاعدة العامة التي قررتها المادة ٧٠٧ من القانون المدني فنص في المادة ٨٥ من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص التوكيل ولا محل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير في الدعوى بعد إقامتها " .

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٢٣ في جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧)

٢٩٢- التضامن بين الوكلاء في المسؤولية :

الأصل هو عدم التضامن في المسؤولية . غير أنه يستثنى من هذا الأصل أن ينص القانون أو الاتفاق على هذا التضامن .

ورغبة من المشرع في حماية الموكل وإعفائه من تحديد الوكيل المسئول قد أنشأ تضامنا قانونيا بين الوكلاء المتعددين بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ مدني في حالتين .

الحالة الأولى :

إذا كانت الوكالة غير قابلة للتقسام . كما لو كان محل الوكالة شراء عقار معين أو بيعه أو رهنه . فإذا تم البيع بثمن أقل بكثير من القيمة الحقيقية لهذا العقار، أو كان المشتري معسرا ، أو كان مبلغ القرض الذي رهن من أجله العقار لا يتعادل البتة مع قيمته الحقيقية ، جاز للموكل أن

يرجع بالتعويض على الوكلاء المتعديين بالتضامن ، ولو لم يشترط ذلك في العقد ^(١).

وإذا كانت الوكالة في عمل تجارى جاز للموكل أن يرجع على الوكلاء المتعديين بالتضامن ، لأن التضامن بين المدينين هو القاعدة في المسائل التجارية .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وكل وكيل مسئول عن هذه الالتزامات دون تضامن مع غيره من الوكلاء إلا في حالتين :

(أ)- إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام . مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين في شراء منزل معين ، فلا يتصور في هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تنجز ويجب على الوكيلين أن يعملوا مجتمعين ، ويكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل في الالتزامات المتقدمة الذكر " ^(٢).

الحالة الثانية :

إذا كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك. فإذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كالوكالة بإدارة مزرعة مثلا فلا تضامن بين الوكلاء المتعديين بل يظل كل وكيل مسئولا عن تنفيذ التزاماته سواء عمل منفردا بأن اختص بأعمال معينة أو عمل مع بقية الوكلاء غير أنه إذا

(١) محمد على عرفه ص ٣٨٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢١٣ .

عمل الوكلاء في الوكالة القابلة للانقسام مجتمعين فإنهم يكونون متضامنين في المسؤولية عن الخطأ المشترك الذي يصدر منهم . ومعنى ذلك أنهم يكونون متضامنين في كل الأحوال ماداموا يعملون مجتمعين^(١). وهكذا يؤدي تطبيق القواعد السابقة إلى اعتبار الوكلاء متضامنين في المسؤولية في كل الصور إلا إذا كانت الوكالة بعمل يقبل الانقسام وكان الوكلاء يعملون منفردين^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" (ب) - أما إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كإدارة مزرعة ، فإن كل وكيل يكون مسؤولا وحده بالتضامن مع غيره من الوكلاء عن تنفيذ التزاماته ، سواء في ذلك عمل منفردا بأن يختص في إدارة المزرعة بأعمال معينة أو عمل مع الوكلاء مجتمعين ، ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء في هذه الحالة خطأ مشتركا دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة

(١) أكتف الحولى ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٢) وقد قضى بأنه : " إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيدا قد أدار الأقطيان التي اشتراها بكر بإذن شقوى صدر منه في حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين ، وأنه لما توفي بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده في إدارتها لنهاية تلك السنة ، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلا عن أخته الوارثتين الآخرين حين كلف زيدا بالاستمرار في إدارة الأقطيان ، ولم تدع هاتان الأختان أنسهما وكلتا أخاهما عنهما ، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأقطيان ، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٣/٣١)

الموكل ، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسؤولية تقصيرية أو تعاقدية " ^(١).

ولا يشترط أن يكون الخطأ المشترك من الوكلاء مدبراً فيما بينهم . ولا يبنال من ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه : " ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء في هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل ، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسؤولية تقصيرية أو تعاقدية " . لأن عبارة "دبروه فيما بينهم" قد جاءت بالمذكرة متسقة مع المادة (٩٨٢) من المشروع التمهيدى (التي أصبحت برقم ٧٠٧) ، وقد قامت لجنة المراجعة بحذف العبارة المذكورة ^(٢).

كما أن ما أورده مذكرة المشروع التمهيدى من أن مسؤولية الوكلاء بالتضامن عن التعويض " مسؤولية تقصيرية أو تعاقدية " ، محل نظر لأن المسؤولية في كافة الأحوال مسؤولية تعاقدية ترتبت على عقد الوكالة ^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢١٣ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٠٩ وما بعدها _ من هذا الرأى السنهورى ص ٦١٨ _ أكثم الخولى ص ٣٢٧ هامش (٣) - وقارن محمد على عرفه ص ٣٨٢ إذ يشترط أن يكون الضرر تسبب بتدبير سابق بين الوكلاء على الإضرار بالموكل .

(٣) السنهورى ص ٦١٨ .

٢٩٢. عدم مسئولية الوكلاء عند تجاوز أحدهم حدود الوكالة أو تعسفه في تنفيذها :

أردفت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٧ في عجزها أنه : "على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها".

وعلى ذلك فإن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم في حالتين :

الحالة الأولى :

إذا جاوز أحد الوكلاء حدود الوكالة ، كأن خالف شروط البيع التي اشترطها الموكل ، بأن كانت الوكالة في بيع منزل مثلا وقبض ثمنه ، وكان الوكيل الذي قبض الثمن قبل أن يؤجل جزءا منه. فإن هذا التأجيل لا ينفذ قبل الموكل ويلزم المشتري بتعجيل ما أجل من الثمن ، ثم يرجع على الوكيل الذي قبل التأجيل بالتعويض دون أن يرجع على باقي الوكلاء، ودون أن يكون الآخرون متضامنين مع الوكيل الذي خالف شروط الوكالة ، لأن خطأ هذا الوكيل شخصي محض لا يدخل في المخاطر العادية لتنفيذ الوكالة وهي التي يقتصر عليها التضامن^(١).

الحالة الثانية :

إذا كان هذا الوكيل لم يجاوز حدود الوكالة ، ولكنه تعسف في تنفيذها، بأن كان الموكل - في المثل السابق - لم يشترط تعجيل الثمن فأجل الوكيل الثمن ولكنه راعى في ذلك مصلحة المشتري دون مصلحة الوكيل لمصلحة تربطه بالمشتري، فإن التأجيل يسرى في حق الموكل لعدم

(١) أكتف الخولى ص ٢٢٨ .

بماوزته حدود الوكالة ، ويرجع بالتعويض على هذا الوكيل وحده دون أن يكون الوكيل الآخر متضامنا معه ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ١/٧٠٧ من القانون المدنى أن الوكلاء لا يكونون متضامين في التزاماتهم قبل الموكل إلا إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل قد وقع نتيجة خطأ مشترك بين الوكلاء جميعا " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

إنابة الوكيل غيره :

٢٩٤- النص القانونى :

المادة (٧٠٨) مدنى :

" ١- إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامين في المسئولية .

٢- أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه ، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات .

٣- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر " .

(١) السهورى ص ٦١٦ وما بعدها .

٢٩٥ حالة عدم ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره :

تنص الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر أنه إذا لم يكن مرخصا للوكيل في إنابة غيره في تنفيذ الوكالة كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية ، ذلك أن الأصل أن يؤدي الوكيل العمل بنفسه لا بواسطة غيره ، فإن عمد الوكيل إلى الإنابة، فإنه يصبح مسئولاً عن خطأ نائبه .

والنص هنا يطبق قواعد المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على حالة إنابة الوكيل لغيره فيجعل الوكيل - وهو هنا المتبوع - مسئولاً عن أعمال نائب الوكيل . ويتفق تعبير " كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو " الذي استعمله النص مع ما يذهب إليه الفقه الحديث من أن أساس المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير هو فكرة النيابة في الأعمال التي تدمج - من الناحية القانونية - شخص النائب في شخص الأصيل وتجعل من النائب في العمل امتداداً لشخص الأصيل أو المتبوع ، ومن ثم تكون مسؤولية المتبوع عن فعل نائبه قائمة على أساس خطأ المتبوع لأن خطأ النائب أو التابع هو خطأ الأصيل أو المتبوع^(١).

ولما كنا بصدد حالة من حالات المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير فإن مسؤولية الوكيل عن أعمال نائبه لا تقوم إلا إذا توافرت شروط المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير. وأهم هذه الشروط هو ثبوت الخطأ التعاقدى

(١) أكتم الخولى ص ٢٢٩ - محمد على عرفه ص ٣٨٤ .

للتابع وهو هنا نائب الوكيل ، فلا يكون الوكيل مسؤولا قبل الموكل إلا إذا كان نائب الوكيل قد أحل بالتزاماته الناشئة من العقد الذى انعقد بينه وبين الوكيل^(١).

وتكون مسؤولية الوكيل عن خطأ نائبه بمعيار المسؤولية الذى ينطبق عليه هو لا بمعيار المسؤولية الذى ينطبق على نائب الوكيل . فإذا كان الوكيل مأجورا ونائب الوكيل غير مأجور ، وبذل نائب الوكيل فى تنفيذ الإنابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد ، كان نائب الوكيل غير مسئول لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور ، وكان الوكيل مسؤولا إذ العناية المطلوبة منه هى عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور . أما إذا كان الوكيل غير مأجور ، وكان نائبه مأجورا ، لم يكن الوكيل مسؤولا تجاه الموكل إلا عن عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص المعتاد لأنه غير مأجور ، فإذا نزل نائب الوكيل عن عناية الشخص المعتاد دون أن ينزل عن عناية الوكيل الشخصية فإنه يكون مسؤولا تجاه الوكيل لأنه مأجور ، ولكن الوكيل لا يكون مسؤولا تجاه الموكل لأن العناية التى بذلت هى العناية الواجبة على الوكيل^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك ، وهذا بخلاف التقنين الحالى (٦٣٦/٥٢٠م) حيث يشترط فى جواز الإنابة الترخيص الصريح فإذا أناب عنه غيره، كان

(١) أكرم الخولى ص ٢٢٩ وما بعدها .

(٢) السهورى ص ٦٢٨ وما بعدها _ أكرم الخولى ص ٢٣٠ .

النائب مسئولا عن جميع الالتزامات التي تقع على الوكيل ، لا قبل التوكيل وحده ، بل قبله وقبل الموكل إلخ " (١).

وبالترتيب على ما تقدم ، فإن الوكيل يصبح مسئولا بالتضامن مع نائبه في مواجهة الموكل عن سائر الأضرار التي نجمت بسبب النيابة بصدددها . وبعبارة أخرى عن تلك الأضرار التي ما كانت لتقع لو أن الوكيل باشر التنفيذ بنفسه (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة لحساب الموكل ، فإذا أناب عنه غيره في تنفيذها دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، كما أنه ملزم بأن يقدم للموكل حسابا مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة ومتضمنا المصاريف التي صرفها والمبالغ التي قبضها على ذمة الموكل وكل ما للموكل وما عليه والرصيد بعد استئزال الخصوم من الأصول هو ما يجب على الوكيل الوفاء به للموكل " .

(طعن رقم ٢٥١ لسنة ٣٥ في جلسة ١٩٦٩/٥/٢٩)

٢- " تنص المادة ١/٧٠٨ من القانون المدني على أنه " إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامين في المسؤولية ، مما مفاده أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـه ص ٢١٤ .

(٢) محمد علي عرفة ص ٣٨٤ .

الودّيع لا يسأل عن عمل نائبه طبقاً لهذه الفقرة إلا إذا كان قد أنابه في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك من الموكل .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

٣- " إذ كان البنك الطاعن يقرباً العلاقة بينه وبين البنك المركزي يحكمها التفويض الصادر من الأخير في القيام نيابة عنه بصرف الشيكات الحكومية في الأقاليم فإن الأمر ينطوي على وكالة صادرة له في تنفيذ عقد الحساب الجاري القائم بين الجهات الحكومية والبنك المركزي دون أن يكون مرخصاً للأخير في إجراء هذه الوكالة . ولما كانت المادة ٧٠٨ من القانون المدني تنص في فقرتها الأولى على أنه إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية كما يجوز طبقاً للفقرة الثالثة من ذات المادة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر ، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن وفاء البنك بقيمة شيك مذيل من الأصل بتوقيع مزور على عميله وفاء غير صحيح وغير مسرئ لزمة البنك فإن وفاء البنك بقيمة الشيك المزور لا يبرئ ذمته قبل العميل بحيث تقع تبعة الوفاء وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى قيام خطأ في جانب البنك الطاعن في تنفيذ عقد الوكالة حين قام بصرف الشيكات المزورة دون أن يتأكد من صحة توقيع العميل بما يحقق مسئوليته العقدية تجاه الموكل فإنه يكون لدائن الأخير الرجوع عليه بموجب

الدعوى المباشرة ولا يسقط حقه في الرجوع عليه إلا بالتقادم العادى المنصوص عليه في المادة ٣٧٤ من القانون المدق ذلك أن التزام البنك الطاعن في هذه الحالة أساسه المسؤولية العقدية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى هذه النتيجة الصحيحة في القانون فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون وتفسيره يكون على غير أساس " (١).

(طعن رقم ٤٣٠ لسنة ٤٩ في جلسة ١٩٨٤/٦/١١)

٢٩٦- حالة ترخيص الموكل للوكيل بإثابة غيره دون أن يعين شخص النائب :

إذا رخص الموكل للوكيل بإثابة غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يعين شخص النائب سواء كان هذا الترخيص صريحا أو ضمنيا ، كتوكيل غير المحامي في رفع دعوى فإنه ينطوى على ترخيص ضمني له في توكيل محام،

(١) وقد قضت بأن : " إذا كان الثابت أن الطاعنة طلبت الحكم بإلزام المطعون عليهما متضامين بأن يؤديا لها المبالغ التي قاما بتحصيلها لحسابها على أساس أن المطعون عليه الأول وكيل عنها وأنه أناب عنه المطعون عليه الثاني في تنفيذ الوكالة دون أن ترخص لها الطاعنة في ذلك مما يجعلهما متضامين في المسؤولية تطبيقا لحكم المادة ١/٧٠٨ من القانون المدق ، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن المطعون عليه الثاني لم يكن نائبا عن المطعون عليه الأول بل كان وكلا آخر عن الطاعنة ، فإن ذلك لا يمنع محكمة الموضوع من أن تقضى على المطعون عليه الثاني بالمبالغ التي ثبت أنه حصلها لحساب الطاعنة وبقيت في ذمته على أساس أنه وكيل عن الطاعنة ، ولا يحتر ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى مما لا يملكه المحكمة من تلقاء نفسها " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٢ في جلسة ١٩٧٧/٥/٣)

وكذلك توكيل غير السمسار في شراء أوراق مالية من البورصة فإنه يتضمن ترخيصا في إنابة أحد السماسرة .
والمحكمة تستخلص التصريح الضمى الصادر من الموكل من أوراق الدعوى ومستنداتها^(١).

وفي حالة الترخيص بالإنابة على هذا النحو ، فإن الوكيل لايسأل إلا عن خطئه الشخصى في اختيار النائب ، كما إذا أناب شخصا غير كفء أو مشهورا بالإهمال أو معسرا لأنه بذلك يكون قد عرض بخطئه مصالح الموكل للضياع فيسأل عن هذا الخطأ .

غير أنه يلاحظ أن بعض الأعمال قد لا تسمح طبيعتها باختيار شخصى ملئ ، وتكون الإنابة في مثل هذه الحالات محصورة في فئة يفترض فيها عدم اليسار ، ومن ثم فإنه لا مسئولية على الوكيل في مثل هذه الأحوال ، إذا كان النائب معسرا^(٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من مستندات الدعوى أن الطاعن لم يكن موظفا بالوقف بل كان وكيلاً عن وكيلى ناظر الوقف وبنى قضاؤه في ذلك على أن الطاعن قد عين ليقوم بما كان وكيلاً الوقف مكلفين به تنفيذاً لوكائتهما عن الناظر الذى أجاز لهما إنابة الغير في تنفيذ الوكالة مع تحملهما أجره دون مساعلة الوقف عن ذلك ، فإن هذا الاستخلاص سائغ يورى إلى النتيجة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٥/١١)

(٢) محمد على عرفه ص ٣٨٧ هامش (٢) .

ويدخل في التزام الوكيل مراقبته للنائب منذ إنابته حتى انتهاء النيابة، فإذا اختار الوكيل شخصا موسرا كامل الأهلية ، مشهودا له بالكفاءة ثم طرأ بعد التعيين ما سبب إعساره أو فقد أهليته ، فإن الوكيل يسأل عما ينشأ نتيجة لذلك من ضرر^(١).

وكذلك يسأل الوكيل عما يكون قد وجهه لثأبه من تعليمات خاطئة أو تعليمات ناقصة أو لم يصدر له تعليمات حيث كان ينبغي أن يصدرها. ولما كانت مسؤولية الوكيل عن أعمال نائبه قبل الموكل هي مسؤولية شخصية ، لأنها تقوم عن خطئه الشخصي في الاختيار والتوجيه ، فلا يكون هناك تضامن بين الوكيل والنائب في مسؤولية الوكيل قبل الموكل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... وفي الحالة الثانية ، إذا رخص الموكل للوكيل أن يقيم عنه نائبا، فإن لم يعين له شخص النائب، فإن الوكيل يكون مسؤولا عن خطئه في اختيار نائبه أو خطئه فيما أصدر له من التعليمات . فإن كان لم يقصر في حسن اختيار النائب ولم يرتكب خطأ في التعليمات التي أصدرها له، فلا يكون مسؤولا عن خطئه ، ويرجع للموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة " ^(٢).

(١) السنهورى ص ٦٣٠ - محمد على عرفه ص ٣٨٧ - أكثم الخولى ص ٢٣١ -

وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٥٥١ فيعتد بأهلية النائب وقت الإنابة.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢١٤.

٢٦٧- حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره مع تعيين شخص النائب :

إذا كان الموكل رخص للوكيل بإنابة غيره في تنفيذ الوكالة ، وعين شخص النائب- وهى حالة لم يتعرض فيها النص لمسئولية الوكيل- فالمفهوم أن مسئولية الوكيل تنتفى ، لأنه لم يكن في ندبه النائب إلا منفذا لأوامر الموكل. فإن كان هذا الأخير قد أساء اختيار النائب فعرض بذلك مصالحه للضياع ، فعليه وحده تقع تبعة سوء الاختيار ولا يكون له بذلك سبيل على الوكيل .

غير أنه حتى في هذه الحالة يظل الوكيل ملتزما بمراقبة النائب ، لأنه بتفويض الأمر إليه لا يتحلل كلية من التزامه بتنفيذ الوكالة . وهذا الالتزام بالتنفيذ يقتضى في حالة الركون إلى النائب مراقبة الوكيل إياه . فإذا أثبت الموكل أن الضرر الذى لحقه نجم من عدم تزويد النائب بالتعليمات الضرورية، أو عن انصراف الوكيل أصلا عن مراقبة النائب، أصبح الوكيل مسؤولا قبل الموكل^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا عين الموكل للوكيل شخص النائب ، فلا يكون الوكيل مسؤولا إلا عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات " .

٢٩٨- حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعا من إنابة غيره :

قد يكون الموكل قد اتفق مع الوكيل على منعه من إنابة غيره ، سواء كان هذا المنع صريحا أو ضمنيا - وهى حالة لم يتعرض لها النص أيضا-

(١) محمد على عرفه ص ٣٨٨ - السنهورى ص ٦٣١ هامش (٢) .

ولكن يستفاد من المادة أن لا يجوز للوكيل أن ينقل إلى غيره سلطة العمل لحساب الموكل ، فإذا أناب غيره لم تكن للأخير صفة في التعاقد ، ولا ينفذ تصرفه في حق الموكل ، إلا إذا أقر تصرفه .

٢٩٩- العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٠٨ مدنى على أنه : " يجوز في الحالتين السابقتين للموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر " .

والحالتان المشار إليهما ، هما الحالة التى لا يرخص فيها الموكل للوكيل بإنابة غيره في تنفيذ الوكالة ، والحالة التى يرخص فيها الموكل للوكيل بإنابة غيره في تنفيذ الوكالة دون تعيين شخص النائب وقد خول النص للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه فيها بجميع التزاماته الناشئة من عقد الوكالة ، كما خول نائب الوكيل الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأصلي الناشئة عن عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل .

ومن مقتضى ذلك أنه يجوز للموكل أن يرجع على النائب بالتضامن مع الوكيل بدعوى مباشرة .

ويلحق بالحالتين السابقتين حالة ما إذا أناب الوكيل الغير وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها^(١).

وهذه الدعوى المباشرة امتثاء قصد به المشرع حماية الموكل من منافسة دائي الوكيل المعسر في اقتسام المبالغ التى يكون النائب قد قبضها لحساب الموكل . لأنه لولا الاعتراف بهذه الدعوى المباشرة لما كان

(١) السهنورى ص ٦٢٥ .

للموكل أن يرجع على النائب إلا بالدعوى غير المباشرة ، فيصبح المحكوم به حقا للوكيل يتقاسمه دائنوه قسمة غرماء . أما وقد أصبح للموكل أن يرجع على النائب مباشرة فإن المبالغ التي قبضت لحسابه لا تمر بذمة الوكيل أصلا فيختص بها الوكيل^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ... ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة. أما إن عين الموكل للوكيل شخص النائب ، فلا يكون الوكيل مسؤولا إلا عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات " (٢).

(١) ويرى البعض أن نص المادة ٣/٧٠٨ لا يتضمن حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق لهذا التعبير وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصيلة بين الموكل ونائب الوكيل لا مجرد دعوى مباشرة . لا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكرة الدعوى المباشرة بل هي نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع - ما لم يمنع من ذلك صراحة - أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر . لا يعنى هذا الجواز إلا أن النائب يصير بدوره وكيلًا عن الموكل لأنه إذا كان النائب يتمتع بسلطة العمل لحساب الموكل بحيث تترتب آثار تصرفاته في ذمة الموكل مباشرة فمن الطبيعي أن تربطه بالموكل رابطة مباشرة فتكون له في مواجهة الموكل حقوق الوكيل وعليه التزاماته. فللنائب حقوق الوكيل ولذلك يستطيع أن يرجع على الموكل مباشرة مطالبا إياه بنفقات تنفيذ الوكالة أو بتعويض الضرر الذي أصابه من تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا إلى غير ذلك من حقوق الوكيل. وعلى النائب التزامات الوكيل فيستطيع الموكل أن يطالبه مباشرة برد المبالغ التي قبضها لحسابه ويتقدم الحساب والتعويض عن أخطائه في تنفيذ الوكالة التي لايسأل عنها الوكيل الأصلي. ولا النائب أمام الموكل باعتداده بالوكيل للحساب المقدم منه ولا يستطيع النائب أن يدفع في مواجهة الموكل بالدفع التي تكون له قبل الوكيل (أكثم الخولي ص ٢٣٢ وما بعدها) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢١٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادتين ٧٠٨، ٧١٠ من القانون المدنى مرتبطتين أنه يجوز
لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم
به نحو الوكيل الأصيل . ذلك سواء أكان الموكل قدر رخص للوكيل
الأصيل بتوكيل غيره في تنفيذ الوكالة أو لم يرخص له بذلك ويكون
رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه في ذلك شأن ما يرجع به الوكيل
الأصيل على الموكل - من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التي
أنفقها من ماله الخاص والتي استلزمها تنفيذ الوكالة " .

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٣٤ في جلسة ١٩/١١/١٩٦٨)

موضوع رقم (٢٧)

(الالتزام الثانى)

موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم الحساب

٣٠٠- النص القانونى :

المادة (٧٠٥) مدنى :

" على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حسابا عنها " .

(أ)

موافاة الوكيل الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل

إليه فى تنفيذ الوكالة

٣٠١- مضمون الالتزام :

تنص المادة ٧٠٥ مدنى فى صدرها على أن : " على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة "(١)- فالالتزام الوكيل بأن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، هو التزام سابق على التزامه بتقديم حساب عن تنفيذ الوكالة ، والذى يفى به بعد تنفيذ الوكالة . وحكمة هذا الالتزام ، أن الوكالة قد تستغرق وقتا طويلا فلا ينبغى ترك الموكل وهو لا يعلم شيئا عن تصرفات الوكيل ، إلا بعد تنفيذ الوكالة وتقديم الحساب .

(١) كانت المادة - كما وردت فى المشروع التمهيدى بالمادة ٩٨٠ كالتى : "على الوكيل فى كل وقت أن يطلع للموكل على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة " ، ولكنها عدلت فى لجنة المراجعة إلى وضعها الحالى .

ومقتضى هذا الالتزام أن يكون الوكيل على اتصال بالموكل أثناء تنفيذ الوكالة ، وأن يحيطه بالخطوات الهامة التي يتخذها في سبيل تنفيذ الوكالة ، دون أن يتوقف ذلك على طلب الموكل . وبذلك يتمكن الموكل من إبداء ملاحظاته على ما يقوم به الوكيل فيتسنى له توجيهه لما يراه أجدى في تنفيذ الوكالة . فإذا كان الشخص موكلا في بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو في قرض أو في اقتراض ، وجب عليه أن يخطر الموكل بالخطوات الهامة التي يقطعها في سبيل إنجاز الصفقة حتى يكون الموكل على بينة من الأمر فلا يتصرف تصرفا يتعارض مع تصرف الوكيل ، كأن يشتري بنفسه أو يقترض ما كلف الوكيل بشرائه أو باقتراضه .

وإذا كان موكلا في صلح ، وجب عليه أن يطلع الموكل على التوضيحية التي يزمع تقديمها للطرف الآخر ، فقد يرى الموكل أن هذه التوضيحية كبيرة تجاوز مقصوده ، فيأمر الوكيل بعدم المضي في الصلح .

(ب)

الالتزام الوكيل بتقديم حساب عن الوكالة

٢٠٢- مضمون الالتزام :

تنص المادة ٧٠٥ في عجزها على أن : " وأن يقدم له حسابا عنها " . وكان النص كما ورد بالمشروع التمهيدي يتضمن في نهاية النص السابق عبارة " بعد انقضائها " إلا أن العبارة الأخيرة حذفت في لجنة المراجعة^(١) ، باعتبارها ما مسألة لا تحتاج إلى نص . فتقدم كشف الحساب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٠٤ وما بعدها .

يجب أن يقدم بعد تنفيذ الوكالة ، لأنه يتضمن بياناً عن حساب الوكالة التي قام الوكيل بتنفيذها.

وقد يكون هذا الحساب دورياً إذا كان الوكيل يقوم بإدارة عمل بصفة مستمرة ، فيقدم حساباً سنوياً أو نصف سنوياً أو شهرياً . وقد يقدم الحساب مرة واحدة إذا كان الوكيل مكلفاً بعمل واحد وأجزءه^(١).

ويجب أن يكون الحساب مفصلاً تظهر فيه المبالغ التي قبضها الوكيل والمبالغ التي أنفقها أثناء تنفيذ الوكالة .

ويدرج الوكيل كل هذا في حساب واحد لا يتجزأ مكون من أصول وخصوم ، والرصيد بعد استئزال الخصوم من الأصول ، هو الذي يجب الوفاء به للموكل كما هو الأمر في الحساب الجاري . وتفي ذاتية هذه المبالغ وهي مدرجة في الحساب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى أحكام المادتين ٥١٢ و ٥٢٥ من القانون المدني القديم أن ما يبرمه الوكيل في حدود الوكالة يضاف إلى الأصول وأن الوكيل ملزم بأن يقدم لموكله حساباً شاملاً وأن يوفى إليه صافي ما في ذمته ، فإذا كان الثابت أن المسورث إذ أبرم عقد البيع الابتدائي بالنسبة لحصة موكلته المطعون عليها الأولى التزم في هذا العقد بسداد الدين المضمون بحق الامتياز على تلك الحصة- وكان التزامه هذا مندرجاً ضمن حدود وكالته بالبيع - فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتنصرف إليها

(١) محي الدين علم الدين ص ٢١٦ .

آثاره ، ومن ثم لا يكون في حالة قبضه الثمن وسداده الدين الممتاز لدينا لمركسته بما قبض دائنا لها بما دفع وإنما يقتصر التزامه على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدي إليها ما تسفر عنه أعماله . وإذا كان دفاع الطاعنين قد قام أمام محكمة الاستئناف على هذا الأساس متمسكين بطلب استئزال ما سدده مورثهم عن المطعون عليها إلى الدائن من أصل ثمن الأطنان التي باعها بوكالته عنها والتي كانت محملة بهذا الدين، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع قولا منه إنه يقوم على الدفع بالمقاصة القانونية بين الدين المدعى الوفاء به والدين الذي تطالب به المطعون عليها فإنه يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٦٢٨ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٢/١٦)

(انظر أيضا طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤ منشور بيند ٣٠٦) .

ويجب على الوكيل عند إدراج مفردات الحساب مراعاة ما يأتي :

١- أن يتضمن الحساب المبالغ التي تسلمها الوكيل ولو كانت هذه المبالغ غير مستحقة للموكل ، لأن هذه المبالغ لم يتسلمها الوكيل لحسابه الخاص بل لحساب الموكل الذي ينوب عنه ، ولأن دعوى رد غير المستحق لا ترفع عليه هو بل على الموكل نفسه^(١) .

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٩٩٣ من القانون المدق الفرنسي بقولها : " يجب على الوكيل تقديم الحساب عن إدارة عمله وعن المبالغ التي يقبضها بمقتضى وكالته حتى ولو كان ما تسلمه غير مستحق للموكل " .

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٤٠ - محمد علي عرفه ص ٣٨٩ هامش (٢) .

- ٢- أن يقدم حسابا عن المبالغ التي أهمل تسلمها بسبب تقصيره.
- ٣- أن يقدم حسابا عن المبالغ التي حصل عليها بطريق غير مباشر.
- فالوكيل المكلف ببيع شئ معين ، ويبيعه بثمن أعلى ، ليس له أن يحتفظ بالفرق ، بل عليه أن يقدم الوكيل حسابا عن جميع ما حصله .
- ٤- أن يقدم حسابا عن المبالغ التي حصلها في أثناء وكالته عن طريق غير مشروع^(١).

غير أن الوكيل لا يلزم بإدراج المبالغ الآتية في الحساب :

- ١- المبالغ التي قبضها نتيجة خطأ مادي في الحساب، لأن هذه المبالغ وإن كانت قد قبضت بصدد تنفيذ الوكالة ، فإنه لا يتعلق بها حق الموكل الذي لم يدخلها أصلا في حسابه^(٢).
- ٢- التعويض الذي يرى الوكيل أنه يستحقه عن ضرر أصابه ويتولى هو تقديره ، دون أن يوافق الموكل على ذلك أو دون أن يصدر له حكم قضائي بالتعويض^(٣).
- ويجب على الوكيل أن يؤيد الحساب المقدم منه بالمستندات ، فإذا ذكر أنه دفع أجرة شقة وجب عليه أن يقدم الإيصال الدال على ذلك وإذا قرر أنه أدى الأجرة المستحقة على نقل البضاعة كان عليه أن يرفق بالحساب سند الشحن أو إيصاله^(٤).

(١) عابدين الجزئية في ١٩٢٥/٢/٢٩ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٨٩ هامش (٢) ، ونقض فرنسي ١٩٠٠/٧/٢٤ الذي أشار إليه .

(٣) محي الدين علم الدين ص ٢١٧ .

(٤) محي الدين علم الدين ص ٢١٧ .

ولكنه لا يجوز إلزام الوكيل بتقديم حساب عن مدة وكالته إلا إذا كانت المستندات والأوراق موجودة تحت يده، فإذا كانت المستندات والأوراق في يد الموكل وجب رفض طلبه الحساب لاستحالة تقديم الحساب في مثل هذه الحالة^(١).

٢٠٣ - إقرار الحساب :

إذا أقر الموكل الحساب الذى قدمه الوكيل عالماً بتفصيلات الحساب، كسان هذا الإقرار حجة على الموكل ، ولا يجوز له الرجوع فيه أو طلب إعادة النظر فى الحساب ، أو طلب حساب جديد .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لكى يؤخذ من وقع على كشف حساب بإقراره يجب أن يثبت أنه كان عالماً بتفصيلات الحساب ، فإذا كان التوقيع على ورقة بمحاملة ذكر بها أن رصيد الحساب السابق مبلغ معين فليس فى هذا ما يدل على أن الموقع كان ملماً بالحسابات السابقة على إثبات الرصيد " .

(طعان رقما ١٩٦ لسنة ٢٢ ، ٥٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٣/٢١)

٢- " جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كان المستحق فى الوقف قد اعتمد الحساب المقدم من الناظر ، وهو عالم بتفصيلاته من إيراد ومنصرف ، ثم أقر بالتخالص ، فلا يجوز له إعادة النظر فى الحساب أو المطالبة بتقديم حساب جديد ويجب أخذه بإقراره " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٢٣)

٣٠٤- حالة تعدد الوكلاء :

إذا تعدد الوكلاء فالأصل أن يقدموا حسابا واحدا موقعا عليه منهم ، ويكونون جميعا متضامنين في التزامهم بتقديم الحساب .
غير أنه إذا كانت الوكالة مجزأة عليهم بأن يختص كل منهم بجانب من التصرف محل الوكالة ، فإن كل منهم يلتزم بتقديم حساب على انفراد.

٣٠٥- ميعاد تقديم الحساب :

خلا القانون من تحديد ميعاد لتقديم الحساب . ومع ذلك يجب تقديم الحساب بعد تنفيذ الوكالة في أقرب وقت ممكن . فلا يترأخى الوكيل عن تقديم الحساب إلا بمقدار الوقت الذى يستغرقه في إعداده ، وذلك حتى يتمكن الموكل من الوقوف على نتيجة تنفيذ الوكالة وتصفية موقفه مع الوكيل والغير .

وإذا تراخى الوكيل عن تقديم الحساب في الوقت المناسب ، جاز للموكل إعداره بتقديم الحساب ، وفي هذه الحالة ينقطع سرريان فوائد المصروفات التى أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة .

وقد يترأخى طلب تقديم الحساب بسبب العلاقة التى تقوم بين الوكيل والموكل ، كالزوج والزوجة . فإذا كان الزوج مثلاً وكيلا عن زوجته ، ثم توفى قبل تقديم الحساب كان للزوجة استيفاء ما يظهر في ذمته من تركة ورثته^(١).

وتسقط دعوى تقديم الحساب بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ تنفيذ الوكالة .

(١) السنهاوى ص ٦٣٦ هامش (٢) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن في استغلال إدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٣٠٦- هل يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على عدم تقديم الحساب ؟

قد يتفق الموكل والوكيل على إعفاء الأخير من تقديم الحساب ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا كأن يعطى الموكل الوكيل مخالصة يبرئ فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب .

وقد ذهب رأى إلى أن هذا الاتفاق لا يعفى الوكيل من تقديم الحساب ، لأن مثل هذا الاتفاق ليس من مقتضاه إعفاؤه من هذا الالتزام مطلقا ، وإلا ترتب على ذلك صيرورة التزام الوكيل بالتنفيذ غير جدى ، لأنه يصبح متوقفا على شرط إرادى محض من جانب المدين فيؤدى إلى إبطال عقد الوكالة ^(١) .

غير أن رأى الغالب ذهب إلى أن التزام الوكيل بتقديم حساب وكالته للموكل ليس من أركان التوكيل ، وللموكل الذى هو صاحب الحق إعفاء الوكيل من ذلك والارتكان على ذمته ، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا ^(٢) . فلا تبطل الوكالة ، غير أنه يجب تحرى قصد

(١) محمد على عرفه ص ٣٨٩ - استئناف مصر في يناير ١٩٢٨ ، ٢٨ مايو ١٩٢٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٤١ - السهنورى ص ٦٤١ .

المتعاقدين من الشرط المعفى ليتبين ما إذا كان المقصود هو الاكتفاء بحساب إجمالي أو تحقيق هبة مستترة من الموكل إلى الوكيل أو سداد دين على الموكل أو الغير^(١).

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن :

"النص في المادة ٧٠٥ من القانون المدني على أنه "على الوكيل أن يوافق الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها" يدل على أنه يجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يقدم للموكل حسابا مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة مدعما بالمستندات حتى يتمكن من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل ، وعليه أن يوفى إليه صافي ما في ذمته ما لم يكن قد اتفق صراحة أو ضمنا على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب أو تقضى الظروف بالإعفاء ويرجع في ذلك إلى الصلة بين الموكل والوكيل وذلك إذا كانت هذه الصلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل مجرد إنجازته وذلك بحكم هذه الصلة".

(طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

٢٠٧- التزام الورثة بتقديم الحساب :

قد يموت الوكيل قبل أن يقدم الحساب للموكل .
وفي هذه الحالة يتعين التفرقة بين فرضين.

(١) السنهوري ص ٦٤١ - أكرم الخولى ص ٢٣٤ - محمد كامل مرسى
ص ٥٤١ - استئناف أملى ١٩١٤/١٢/٨ .

الأول: أن يكون الوكيل قد مات مجهلا ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه على حساب الموكل ، وفي هذا الفرض لا يلزم ورثة الوكيل بتقدم الحساب ، لأنه ليس في استطاعتهم الإلمام بأعمال مورثهم .

الثاني : أن يتبين أن في استطاعة الورثة تقديم الحساب ، كأن يكون الوكيل قد مات غير مجهل لأموال موكله، فيلتزم الورثة في هذا الفرض بتقدم الحساب، لأن ذلك هو الطريقة الوحيدة للتوصل لمعرفة الحساب^(١).

وفي هذه الحالة يلتزم الورثة بأداء ما في ذمة الوكيل للموكل من تركة المورث .

٢٠٨ - حالات إعفاء الوكيل من الحساب :

يعفى الوكيل من تقدم الحساب في حالات ثلاث :

١- أن تكون طبيعة المعاملة تقضى بذلك . ومثال ذلك أن تكون الوكالة في بيع شئ معين بثمن معين دون قبض ثمنه ، أو تكون الوكالة في تصرف غير مالى كالوكالة في الإقرار بدين أو الزواج أو الطلاق^(٢).

٢- أن تكون الظروف تقضى بذلك .

وهذا ما يرجع غالبا إلى الصلة بين الموكل والوكيل . فإذا كانت هذه الصلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل كما لو كان الوكيل مستخدما عند الموكل أو خادما أو وكيل أعمال أو محصلا

(١) محمد كامل مرسى ص ٥٤٤ - استئناف مصر ٢٨ نوفمبر ١٩٣٤ .

(٢) السنهوري ص ٦٢٨ - أكرم الخولى ص ٢٣٤ - محيى الدين علم الدين ص ٢١٧ .

للإيجارات أو لحقوق أخرى ، فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل مجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة^(١).

وقد يستفاد ذلك من صلة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة . فتعفى الزوجة مثلا من تقدم كشف حساب عن وكالتها في الشؤون المنزلية وكذلك إذا أدار الزوج مال زوجته أو أدارت الزوجة مالا لزوجها، فإن الثقة المتبادلة التي تقوم عادة بين الزوجين تعفى من تقدم الحساب ما لم يوجد شقاق بين الزوجين ويبين أن الثقة بينهما معدومة .

(راجع نقض طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤ - المنشور بحد ٣٠٦) .

(١) السنهوري ص ٦٣٨ - محي الدين علم الدين ص ٢١٧ .

موضوع رقم (٢٨)

(الالتزام الثالث)

(رد ما للموكل في يد الوكيل)

٣٠٩ - مضمون الالتزام :

تنص المادة ١٩٩٣ من القانون المدني الفرنسي على أن : على الوكيل أن يرد إلى الموكل كل ما يستحقه بمقتضى وكالته .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ على أن: " وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحساب تنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه وعليه بوجه خاص، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل لحساب الموكل " .

وقد جاء عن هذا النص بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : "... وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه ، حتى لو كان الوكيل " اسما مستعارا" يعمل باسمه الشخصى . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التى كسبها الوكيل لنفسه فى العقود التى أبرمها باسمه لحساب الموكل، فيجب أن ينزل له عنها " - إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٠٤ وما بعدها .

والنص المذكور كان يتفق مع القواعد العامة ، ومن ثم فإن هذه القواعد تقضى بتطبيق حكمه .

وعلى ذلك يجب على الوكيل عند انتهاء وکالته أن يرد أموال الموكل إليه ، سواء كان قد تسلمها عند إبرام الوكالة أو أثناءها أو بمناسبةها . وسواء كان قد تسلمها من الموكل أو من الغير .

وعليه أن يرد للموكل كل هذه الأشياء ، ولو كان يعلم أو يعتقد أنها لا تخص الموكل ، إذ لا شأن له بذلك ، وغير مسئول عنه ، بل المسئول هو الموكل ، وليس الوكيل مكلفا بالتحقق من أن الوكيل يستحق هذا الشيء أو لا يستحقه ^(١) .

فإذا كان الوكيل قد عمل باسمه الشخصى كاسم مستعار (مسخر) فاشترى المنزل الموكل فى شرائه باسمه ، فانتقلت إليه الملكية ، وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل .

وإذا تسلم الوكيل منقولات لحساب الموكل تعين عليه ردها إليه بذاتها ، فلا يجوز له الاكتفاء برد قيمتها .

وإذا تسلم عملة أجنبية لحساب الموكل ، وجب عليه تسليم هذه العملة بذاتها لا بتسليم ما تساويه مقدرا بالعملة المصرية ، إلا إذا قضت تشريعات النقد الأجنبى بذلك ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يلتزم الوكيل بتقلم حساب عن إدارة عمله ، وحساب المبالغ التى قبضها على ذمة موكله ، كما يلتزم بأن يرد ما فى يده من مال للموكل ،

(١) محي الدين علم الدين ص ٢١٨ .

(٢) السهورى ص ٦٤٥ .

وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة ، أى الإراد الصافي المستحق للموكل فى فترة إدارة الوكيل " .

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/١١)

ويقع على عاتق الموكل عبء إثبات تسلم الوكيل الأشياء التى يطالب بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٢١٤ من القانون المدنى تنص على أنه " على الدائن إثبات دينه وعلى المدين إثبات براءته من الدين " . فإذا أثبت أولهما دينه وجب على الآخر أن يثبت براءة ذمته منه ، لأن الأصل خلوص الذمة وانشغالها عارض ، ومن ثم كان الإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلا أو عرضا ، مدعيا كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بन्दب خبير لتحقيق الحسابات التى قيدها وكيله فى دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لاتعدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غايتها تعيين المبالغ التى قبضها الوكيل من أموال الموكل فانشغلت بها ذمته والمبالغ التى صرفها فى شئونه فبرئت منها ذمة الوكيل ، فهى تخضع ولا بد لقاعدة الإثبات العامة السابق ذكرها . فيتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه . فإن فعلوا تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شئون الموكل أو مصيره إليه فإذا كان الثابت باستقرار الخبر أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكالته ، فإن يكون على

ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها. فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخبير الذى أخذ مورثهم بعجزهم هم عن إثبات برائة ذمته من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من الدفاتر التى قيدها بها ، فإنسها لا تكون قد خالفت القانون " .

(طعن رقم ١٤٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/٣/٦)

ولكن إذا كان الوكيل مفوضا فى قبض شئ فى ذمة الغير للموكل كان مسئولا عنه حتى ولو لم يقبضه ، إلا إذا أثبت الوكيل أنه لم يتمكن من القبض بسبب قوة قاهرة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يصح التمسك لدى محكمة النقض بعدم قبول الدعوى المرفوعة من ورثة الموكل على الوكيل بمطالبتة بمبلغ معلوم قبضه بمقتضى سند معين بمقولة إنها لا يجوز رفعها مباشرة من غير أن تسبقها دعوى حساب ، لأن هذا الدفع فضلا عن جدته لا وجه له مادام الوكيل المدعى عليه قد قصر فلم يدفع أمام محكمة الموضوع بوجوب تصفية الحساب وبأن نتيجته فى مصلحته ويقدم الدليل على ذلك " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٥/١٨)

فإذا لم يقيم الوكيل برد ما فى يده من أشياء للموكل أو استعمله ، كان مسئولا مدنيا قبل الموكل ، كما أنه يسأل عن جنائيا عن عدم رد هذه الأشياء كما سنرى .

٣١٠ - مسئولية الوكيل جنائيا :

تنص المادة ٣٤١ من قانون العقوبات على أن : " كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقودا أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضرارا بمالكيتها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها ، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الدفعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلًا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى " وعلى ذلك يعاقب الوكيل بالعقوبة المنصوص عليها بالمادة إذا بدد الأشياء المذكورة بالمادة والمسلمة إليه على سبيل الوكالة إضرارا بمالكيتها أو أصحابها^(١) . وهذا يفيد ضرورة توافر الضرر ولذلك قبل بأنه لا جريمة إذا أنفق الوكيل المال الذى قبضه على ذمة الموكل ثم اتضح من عمل حساب بينهما أنه دائن للموكل لا مدينا له .

(١) والاستعمال الذى تعاقب عليه المادة يراد به استخدام شئ سلم لغرض معين في غرض آخر غير المتفق عليه ، وقد اختلف في أمر الاستعمال فيرى الفقه أنه إذا أريد به الاستعمال المقترن بنية التملك فلا جديد إذ لا يخرج في هذه الحالة عن أن يكون اختلاسا وإذ أريد به الاستعمال المجرد عن نية التملك فلا يمكن أن يواخذ به الفاعل على خيانة الأمانة فهذه الجريمة كالسرقة والنصب لا يواخذ على الاختلاس فيها إلا إذا اصطحب بنية التملك وهو مما أكدته محكمة النقض في الكثير من أحكامها (راجع للاستشار مصطفى هرجه جرائم النصب وخيانة الأمانة والجرائم المرتبطة بالطبعة السادسة ص ٨٧ وما بعدها) .

ولا يشترط أن يقع الضرر بالفعل أو أن يكون وقوعه محققا بل يكفي أن يكون هذا الضرر احتماليا ويكفى وقوع الضرر الذى يلحق بالجنح عليه حتى ولو لم تعد على الجاني أية فائدة لاختلاسه للمال فإذا قام الوكيل بإحراق المال أو إتلافه فيكفى ذلك لتوافر الجريمة ولا عبرة بمدى الضرر أو بمقداره إذ يكفي وقوع أى قدر مهما كان ضئيلا للقول بتوافر ركن الضرر كما لا يشترط أن يكون الضرر ماديا إذ يكفي أن يكون هذا الضرر أدبيا كتبديد أوراق لها قيمة عند صاحبها^(١).

٣١١ - سقوط الالتزام بالرد بالتقادم :

يسقط الالتزام بالرد بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة . وتصفية الحساب بين الموكل والوكيل ، لأن الدين قبل ذلك احتمالى لا يلحقه السقوط^(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن دين الموكل قبل موكله لا تبدأ مدة تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما، إذ هذا الدين قبل ذلك احتمالى لا يلحقه السقوط . والدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر قانونا وكيلا عن صاحب العين المرهونة في إدارتها واستغلالها وقبض ريعها ، وعليه أن يقدم للراهن حسابا مفصلا عن ذلك . فمبدأ مدة تقادم دينه قبل الراهن هو بعينه المبدأ بالنسبة للوكيل مع الموكل " .

(١) المستشار مصطفى هرجه التعليق على قانون العقوبات المجلد الثانى ١٩٩٦ ص ٩٦٧ .

(٢) الدكتور قدرى الشهاوى أحكام عقد الوكالة فى التشريع المصرى والمقارن ٢٠٠١ ص ١٨٨ وما بعدها .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

٢- (أ) - " إذا كان الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم الاستثنائي لأسبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى في طلب حساب الوقف الذي كان يديره المدعى عليه بصفته وكيلًا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى في عريضة دعواه من أن توكيله المدعى عليه إنما كان بسبب سفره إلى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصًا سائفاً من المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج ، وعلى أن دعوى الحساب إنما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة هلالية، وأن الخطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة إدارة الوقف بصفته وكيلًا لا يدل ما ورد بها على استمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وفسرها تفسيراً تحتمله وينفى المعنى الذى يقول به المدعى ، ثم أيد هذا الحكم استئنافاً لأسبابه ، فلا يعيب الحكم الاستثنائي أنه لم يورد مضامين خطابات جديدة قدمها المدعى إلى محكمة الاستئناف وقالت هذه المحكمة عنها إنها لم تر فيها ما يفيد استمرار الوكالة " .

(ب) - " إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه ، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب في قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع ، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٠/٢١)

٣- " لا يسرى التقادم الخمسى المنصوص عليه في المادة ٣٧٥ من القانون المدنى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة ومن ثم فلا يسرى هذا التقادم على المبالغ التى يقبضها الوكيل لحساب موكله ويمتنع عن أدائها له، ولو كانت هذه المبالغ عبارة عن ريع عقار للموكل وكل الوكيل فى تحصيله وإنما يتقادم حق الموكل فى مطالبة الوكيل بهذه المبالغ بخمسة عشرة سنة ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق مادامت الوكالة قائمة ولم يصف الحساب بينهما " .

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠)

وسقوط الالتزام بالرد بالتقادم ، لایمنع الموكل من رفع دعوى الاستحقاق التى يستطيع بمقتضاها وبوصفه مالكا أن يطالب الوكيل برد أمواله إليه . وهذه الدعوى لاتسقط بالتقادم إطلاقا ، ولكنها يمكن أن تصطدم بعقبة أخرى ، هى اكتساب الوكيل لهذه الأموال بالتقادم المكسب ، وذلك إذا بدل حيازته العارضة وحولها إلى حيازة قانونية وجابه الموكل بادعاء الملكية وسكت الموكل مدة التقادم المكسب فإن دعوى الاستحقاق تصبح عقيمة ولا تسعف المالك فى استرداد ماله ^(١) .

٢١٢ - سقوط التزام المحامى برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة :

تنص المادة ٩١ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن يسقط حق الموكل فى مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات والحقوق

(١) محيى الدين علم الدين ص ٢١٩ .

المرتبة على عقد الوكالة بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته ،
وتتقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه .
وقد جاء هذا النص استثناء من القواعد العامة .

فوائد المبالغ المستحقة على الوكيل :

٣١٣ - النص القانوني :

(المادة ٧٠٦) مدني :

- " ١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .
- ٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استعملها لصالحه من وقت استخدامها ،
وعليه أيضا فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن
يعذر."

استحقاق الفوائد على الموكل في حالتين :

٣١٤ - الحالة الأولى : استعمال الوكيل مال الموكل لصالح نفسه :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٧٠٦ مدني تنص على أنه ليس للوكيل
أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

فإذا قام الوكيل باستعمال مال الموكل لصالح نفسه ، استحق الموكل
قبله فوائد قانونية على المال الذي استعمله لصالحه من يوم استعماله
دون حاجة إلى إغزار . ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة المنصوص
عليها بالمادة ٢٢٦ مدني والتي تقضي باستحقاق الفوائد من وقت المطالبة
القضائية .

ويقع على عاتق الموكل الذى يدعى أن الوكيل قد استعمل بعض المبالغ التى حصلها لمنفعة نفسه عبء إثبات واقعة الاستعمال وتاريخه الذى يطالب باتخاذ موعدا لبدء سريان الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ. وللموكل إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن إذ لم يكن فى وسعه الحصول على كتابة مثبتة للدين^(١).
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نصت المادة ٥٢٦ من القانون المدنى الملغى على أن " الوكيل ملزم بفوائد المبالغ المقبوضة من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه " . مؤدى ذلك أن استغلال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله ومن ثم فإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يعدو أن يكون عرضا لصدور مماثلة للوكيل فى الوفاء ولا يحمل الدليل على ما انتهى عليه من ثبوت استغلال الوكيل لما حصله من أموال الموكل، فإنه يكون قاصر البيان " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٢)

٢- " الحكم على الوكيل - طبقا للمادة ٧٠٦ من القانون المدنى القائم و ٥٢٦ من القانون الملغى - بفوائد المبالغ التى استخدمها من وقت استخدمها يقتضى ثبوت أن هذه المبالغ كانت فى يد الوكيل وأنه استخدمها لصالح نفسه وإثبات الوقت الذى استخدمها فيه حتى يكون هذا الوقت بدءا لسريان الفوائد " .

(طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١)

أما إذا أثبت الموكل واقعة الاستعمال ولم يثبت تاريخه سرت الفوائد من وقت انتهاء الوكيل من أعمال الوكالة^(١).

ويعتبر من القرائن القوية على الاستعمال الشخصى أن يذكر الوكيل فى بند المصروفات مبالغ لم يقم الدليل على صرفها فعلا، أو أن يضمن بند الإيرادات مبالغ لم يؤدها للموكل عند تصفية الحساب، أو أن يغفل ذكر بعض المبالغ التى قام الدليل على قبضه إياها، إذ فى تصرف الوكيل على هذا النحو ما يدفع إلى الشك فى أنه استعمل هذه المبالغ فى بعض شأنه^(٢).

٣١٥ - الحالة الثانية : فوائد ما تبقى فى ذمة الوكيل من حساب الوكالة :

يستحق الموكل قبل الوكيل فوائد المبالغ المتبقية فى ذمته من حساب الوكالة، والتى لم يقم بأدائها له بعد تصفية الحساب.

وتستحق الفوائد من وقت إعدار الوكيل بالرد.

ويكفى الإعدار بالرد ولو لم تذكر فيه الفوائد^(٣).

ويكون الإعدار بإنذار على يد محضر أو ما يقوم مقام الإنذار.

ويقوم مقام الإنذار رفع الموكل دعوى على الوكيل بتقديم الحساب

مع دفع الرصيد المتبقى فى ذمة الوكيل ولو لم يكن معلوما. إنما لا يعتبر من

قبيل الإعدار مجرد المطالبة بتقديم حساب إذا لم تتضمن المطالبة بالرصيد.

(١) السهنورى ص ٦٥٣.

(٢) محمد على عرفه ص ٣٩١.

(٣) السهنورى ص ٦٥٠ - وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٣٩٠ هامش (٥)

فيرى أنه لا يعتبر من قبيل الإعدار مجرد المطالبة بتقديم حساب إذا لم تتضمن المطالبة بفوائد المبالغ المستحقة طرف الوكيل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الإعذار هو وضع المدين موضع التأخر في تنفيذ التزامه . والأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام (م ٢١٩ مدني) . ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن وإذا كان قرار محكمة الأحوال الشخصية بإلزام الوصي بإيداع المتبقي في ذمته للقاصر في الميعاد المحدد بهذا القرار، لا يعدو أن يكون - على ما يستفاد من نص المادة ١٠١٤ من قانون المرافعات - أمر بإلزام الوصي بالأداء مقررًا حق القاصر في ذمته وقاطعًا للنزاع بشأنه فيما بين الوصي والقاصر ومنشأً لسند رسمي قابل للتنفيذ الجبري على الوصي المحكوم عليه ، فإن القرار بهذه المثابة لا يتضمن إعذارًا للوصي بالمعنى المقصود بالإعذار الذي تجرى من تاريخه الفوائد طبقًا للمادة ٢/٧٠٦ من القانون المدني ذلك لأنه لم يوجه من الدائن أو نائبه ولم يعلن إلى المدين كما أنه مهما كان لمحكمة الأحوال الشخصية من سلطة الإشراف على أموال القاصر فإنه ليس من وظيفتها اتخاذ مثل هذا الإجراء نيابة عنه " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢٨)

٣١٥. مكررا - سهر الفائدة المستحقة في الحالتين السابقتين :

الفائدة القانونية المستحقة على الوكيل في الحالتين السابقتين هي الفائدة القانونية المنصوص عليها بالمادة ٢٢٦ من القانون المدني ، وهي ٤% في المسائل المدنية ، ٥% في المسائل التجارية . غير أنه يجوز الاتفاق على فائدة أعلى أو فائدة أقل.

ويجوز الاتفاق على سريان الفوائد من وقت انتهاء الوكالة في الحالة الثانية وتعيين الرصيد المتبقى دون حاجة إلى الإعذار .
ويجوز للموكل أن يتقاضى تعويضا أكبر من الفائدة القانونية إذا ثبت أن تأخر الوكيل بالوفاء بالدين كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة ^(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقينا لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى . وإذن فمضى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفارق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم الابتدائى علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٢)

٢١٦- رد الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل :

يلتزم الوكيل برد كافة الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل، سواء كان الموكل هو الذى سلمها له لتنفيذ الوكالة ، أو تسلمها الوكيل من الغير بمناسبة تنفيذ الوكالة .

(١) السهنورى ص ٦٥١ هامش (٣).

وللموكل حبس هذه الأوراق والمستندات حتى يستوفى حقه .
غير أن سند الوكالة الذى سلمه الموكل للوكيل يجب رده دائما إلى
الموكل ولا يرد عليه حق الحبس ، لأن استرداد السند من الوكيل يمنع
الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة وإلا كانوا سبى النية ، كما
أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغرر
بالغير فيتعاملون مع الوكيل .

وكانت المادة ٩٩٧ من المشروع التمهيدي تنص على أنه : " ١ -
على الوكيل ، إذا كان قد حصل على سند يثبت الوكالة ، أن يرد السند
للموكل عند انتهاء الوكالة ، ولا يجوز له الاحتفاظ به ضمانا لحقوقه قبل
الموكل " ، إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة ، وقد جاء عنها
بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتى : " ولما كان سند الوكالة فى يد
الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم ، فيجب عليه أن يرده
إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة . ولا يجوز للوكيل أن يحبس السند
استيفاء لحقوقه . واسترداد السند من الوكيل فى الوقت المناسب يمنع الغير
من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة وإلا كانوا سبى النية . كما أن
بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغرر
بالغير فيتعاملون مع الوكيل ، وقد تقدم أن للغير فى هذه الحالة أن يتمسكوا
بالوكالة . ولهم فى كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من
ضرر على كل من الموكل والوكيل . وإذا ت لكأ الوكيل فى رد سند الوكالة
ألزم بذلك ، وكان مسؤولا عن التعويض . وللموكل أن يشهر انتهاء
الوكالة بالطريقة المناسبة " (١) .

٢١٧- أحكام واردة في قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ خاصة بالتزام المحامي برد الأوراق والمستندات :

١- على المحامي عند انتهاء توكيله لأى سبب من الأسباب أن يرد إلى الموكل جميع ما سلمه إليه من أوراق أو مستندات ما لم يكن قد تم إيداعها في الدعوى وأن يوافيه بصور المذكرات والإعلانات التي تلقاها باسمه (م/١/٨٩) .

٢- لا يلتزم المحامي بأن يسلم موكله مسودات الأوراق التي حررها في الدعوى أو العمل الذي قام به ولا الكتب الواردة إليه . ومع ذلك يجب على المحامي أن يعطى موكله صورة من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته (م ٢/٨٩) .

٣- عند وجود اتفاق كتابي على الأتعاب يحق للمحامي حبس الأوراق والمستندات المتعلقة بموكله أو حبس المبالغ المحصلة لحسابه بما يعادل مطلوبه من الأتعاب التي لم يتم سدادها له وفق الاتفاق .

وإذا لم يكن هناك اتفاق كتابي على الأتعاب ، كان للمحامي أن يستخرج صورة من هذه الأوراق والمستندات التي تصلح سنداً له في المطالبة ، وذلك على نفقة موكله . ويلتزم برد الصور الأصلية لهذه الأوراق متى استوفى من موكله مصروفات استخراجها .

وفي جميع الأحوال يجب أن يراعى ألا يترتب على حبس الأوراق والمستندات تقويت أى ميعاد لاتخاذ إجراء قانوني يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه (م ٩٠) .

٣١٨ - إبراء ذمة الوكيل :

تبرأ ذمة الوكيل من التزاماته قبل الموكل ، إذا حصل منه على مخالصة تفيد براءة ذمته . ولا يكفي لذلك مصادقة الموكل على الحساب المقدم منه من الوكيل . فمجرد المصادقة على الحساب لا تسقط حق الموكل في طلب تقديم سائر الأوراق والمستندات الخاصة بالوكالة تمهيدا لإثبات صحة الحساب أو خطئه^(١).

وإذا اقتصر الموكل على إقرار أعمال الوكيل ووقف عند هذا الحد، فيغلب أن يكون المقصود من ذلك أن يقر الموكل تصرفات الوكيل مع الغير فتكون نافذة في حقه ، دون أن يكون في ذلك إبراء لذمة الوكيل من مسؤوليته قبل الموكل وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن هذا الإقرار يتضمن أيضا إبراء ذمة الوكيل^(٢).

والمخالصة بإبراء ذمة الوكيل لا تبرئ ذمة الوكيل - حسب الأصل - إذا اكتشف الموكل فيما بعد وجود خطأ أو تقصير من الوكيل ، فيكون له حق الرجوع عليه . إلا إذا تبين بجلاء من المخالصة أنه قصد بها إبراء ذمة الوكيل من مسؤوليته من جميع أعمال الوكالة .

ولا تعد المخالصة دليلا على براءة الذمة يمنع من المجادلة في مسؤولية الوكيل، إذا تبين أن الوكيل حصل عليها بطريق الغش بإخفاء مستندات أو معلومات عن الموكل .

(١) محمد على عرفه ص ٣٩٢ .

(٢) السهورى ص ٦٥٧ ونقض فرنسي ٩ مايو ١٨٥٣ الذى أشار إليه .

وقد يحدث أن يتمتع الموكل عن إعطاء الوكيل مخالصة بإبراء ذمته، رغم تخالسه معه عن كافة التزاماته الناشئة عن الوكالة ، فلا يكون أمام الوكيل من سبيل سوى رفع دعوى ببراءة ذمته من أعمال الوكالة أمام المحكمة المختصة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المخالصة المبهمة التي يبين فيها الإيراد والمنصرف وتفصيلات الحساب أو التي لم ينص فيها صراحة على إبراء الموكل لزمه وكيله عن فترة وكالته دون أن يطلب منه تقديم حساب لاثمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب المفصل المدعم بالمستندات " .

(طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

(التزامات الموكل)

موضوع رقم (٢٩)

(الالتزام بدفع الأجر)

٢١٩- النص القانوني :

المادة (٧٠٩) :

" ١- الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل.

٢- فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي ، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " .

٢٢٠- الأصل أن الوكالة بدون أجر :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ مدني في فقرتها الأولى على أن الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " - وواضح من هذا النص أن الأصل في الوكالة أنها غير مأجورة ، فلا يتقاضى الوكيل أجرا عن عمله . ولعل ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تعزى إلى القانون الروماني ، إذ كانت بعض المهن الحرة وبخاصة مهنة المحامي والطبيب من المكانة الرفيعة في نظر الرومان بحيث تتعالى عن الأجر . غير أن الأمر تطور إلى عكس ذلك مع تغير الظروف الاقتصادية واعتماد أصحاب المهن والحرف على ما يحصلون عليه من أجر من وكالتهم عن الغير ، فأصبح الأصل في التطبيق العملي أن الوكالة بأجر.

٣٢١- الوكالة المأجورة :

يبين من نص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ مدني أنه يجوز للموكل والوكيل الاتفاق على أن تكون الوكالة بأجر ، يتقاضاه الوكيل عن عمله . وقد يكون الاتفاق صريحا . كما يجوز أن يكون الاتفاق ضمنيا ، وقد أشارت إلى ذلك الفقرة الأولى من المادة بقولها : " أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " .

فيحوز أن يستخلص الاتفاق الضمني على أجر الوكيل ، من حالة الوكيل ، كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته ، كالمحامي والسمسار وأمين التفليسة وغيرهم^(١) .

كما قد يستفاد الاتفاق على الأجر الضمني من الظروف فتكون الوكالة مأجورة دائما إذا كان موضوعها عملا تجاريا ، لأن اشتراط المقابل مستلزمات التجارة^(٢) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيلي أنه :

" والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر ، إلا إذا اتفق صراحة على الأجبر أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته ، كما هو الأمر بالنسبة للمحامي إلخ " (٣) .

(١) أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ٢٣ لسنة ٢٤

قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٤/٢/١٢ المنشور في هامش بند (٣٢٩) .

(٢) محمد علي عرفه ص ٣٩٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٢٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون . ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين ، وهي ليست حالته " .

(طعان رقما ١٢٤ لسنة ١٣ ق ، ١٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٦/١٤)

٢- " إذ تقضى المادة ١/٧٠٩ من القانون المدنى بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل، فإن اشتغال المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التي وكل فيها لحساب الطاعن يكفي في ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هي مهنته التي يحترفها ويتكسب منها " .

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/١٥)

٣- " السمسار هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وكيل يكلفه أحد العاقدين التوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه " .

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧)

ويترك لقاضي الموضوع تقدير ما إذا كانت الوكالة تبرعية أمام مأجورة ، مستعينة في ذلك بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملاساتها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تحديد ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من مسائل الواقع التي تبت فيها محكمة الموضوع بما لها من سلطة في التعرف على حقيقة ما أراده المتعاقدان مستعينة في ذلك بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملاساتها دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما كان استخلاصها سائغا ومستمدا من وقائع ثابتة لها أصلها الثابت في الأوراق " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

والغالب أن يكون أجر الوكيل نقودا ، ولكن لا يوجد ما يحول دون أن يكون الأجر عينا ، كأن يكون حصة من العين التي يشتريها الوكيل بمقتضى الوكالة .

غير أنه يستثنى من ذلك أتعاب المحامي عملا بالمادة ٤/٨٢ من قانون

المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

٣٢٢ - شروط استحقاق الوكيل الأجر :

إذا اتفق الطرفان على شروط استحقاق الوكيل الأجر طبق اتفاقهما، كأن يتفقا على ألا يستحق الوكيل الأجر إلا إذا حقق النتيجة المقصودة من الوكالة ، فيكون التزام الوكيل عندئذ التزاما بتحقيق غاية ، ويحدث ذلك عادة في توكيل السماسرة والوسطاء والطوافين والممثلين التجاريين

ومستندوبى التأمين ، كما يحدث مع المحامى فيتفق معه على عدم استحقاق الأتعاب كلها أو المؤخر منها إلا إذا كسب الدعوى ^(١).

إما إذا لم يوجد اتفاق فإن الوكيل يستحق أجره ولو لم ينجح فى مهمته ، لأن التزامه يكون التزاما يبذل عناية ، فيتقاضى أجره عن الجهد الذى بذله .

ولا يستحق الوكيل أجره إلا إذا كان قد نفذ الوكالة تنفيذا كاملا . فإذا لم يتم بالتنفيذ أصلا سقط حقه فى المطالبة بأجره ، ولو كان عدم التنفيذ متسببا عن قوة قاهرة أو حادث فجائى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " لا يستحق السمسار أجره إلا عند نجاح وساطته بإبرام الصفقة فعلا على يديه ، ولا يكفى لاستحقاقه هذا الأجر مجرد إفادته كل من الطرفين بقبول الآخر . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الصفقة لم تتم بين المطعون عليه والبايع فى الفترة التى حددها المطعون عليه فى تفويضه بالشراء للطاعنين (السمسار) ورتب الحكم على ذلك عدم استحقاقهما للأجر المتفق عليه ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(ب)- "عدم استحقاق السمسار لأجره إذا لم تتم الصفقة على يديه . لا يحول دون حقه فى الرجوع بالتعويض على من وسطه إذا تسبب بخطئه فى عدم إبرام الصفقة " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

(١) السنهورى ص ٦٦٧ وما بعدها .

غير أنه يجوز للوكيل أن يطالب ببعض أجره إذا كان قد نفذ الوكالة تنفيذًا جزئيًا ، ثم حال بينه وبين عدم إتمام تنفيذها قوة قاهرة أو حادث فجائي . ويترك تقدير المستحق له لقاضي الموضوع .

كما يكون للوكيل أن يطالب بأجره كاملاً إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى فعل الموكل ، إذ لا يسوغ أن يتسبب الموكل بخطئه في حرمان الوكيل من الفائدة التي كان يرجوها من تنفيذ الوكالة . بل إن الموكل يصبح مسئولاً عن تعويض الوكيل في هذه الحالة عما فاتته من الكسب ، وهو ما يتحقق بالحكم لصالحه بتقاضى الأتعاب المقررة له بمقتضى العقد^(١) .

غير أنه إذا استحق الأجر للوكيل بتمام تنفيذ عمله ، فلا ينال من ذلك إبطال العقد الذي أبرمه أو فسخه فيما بعد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السمسار هو وكيل يكلفه أحد المتعاقدين التوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه . وليس يمنع هذا الأجر الذي استحقه بتمام العقد أن يفسخ العقد فيما بعد " .

(طعن رقم ٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٢٧)

٣٢٢ - حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجر :

إذا اتفق الطرفان صراحة على أن الوكالة تكون بأجر ولكنهما لم يتفقا على مقدار الأجر ، أو كان الاتفاق على الأجر ضمناً مستخلصاً من مهنة

(١) محمد على عرفه ص ٣٩٨ .

الوكيل أو من ظروف أخرى . ثم ثار خلاف بين الطرفين على مقدار الأجر، فإن القاضي يتولى تقديره ^(١) . ويدخل القاضي في اعتباره عند تقدير الأجر أهمية العمل وما يقتضيه من جهد وما جرى به العرف .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" السمسار وكيل في عقد الصفقات ، وطبقا للقواعد المتبعة في عقد الوكالة ، يتولى قاضي الموضوع تقدير أجر الوكيل في حالة عدم الاتفاق مستعينا في ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد يبذله الوكيل وبما جرى عليه العرف في هذه الحالة . ولما كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية قدرت للمطعون عليه الأول أجرا عن وساطته بنسبة ٥٢ر٥% من قيمة الصفقة وأبانت في حكمها أن هذا التقدير يتفق مع ما بذله من مجهود وأهمية الصفقة التي تمت ببيع الفيلا إلى السفارة السوفيتية ، كما أنه يتفق مع العرف في هذا الشأن لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧) ^(٢)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٢٢ .

(٢) **كما قضت محكمة النقض بأن :**

" إنه وإن جرى عرف بعض المحاكم بتقدير أتعاب المحاماة التي يستحقها المحامي قبل موكله إذا لم يكن قد اتفق معه على أتعابه، فإن محكمة النقض لا تستطيع، بحكم ترتيبها وانحصار اختصاصها في تقويم المعوج من الأحكام المخالفة للقانون أو المخطئة في تطبيقه أو في تأويله ، أن تتبع هذا العرف الخاص المخالف للقانون، فتعد اختصاصها إلى خصومة جديدة موضوعية صرفه بين المحامي -

٢٢٤- تعديل القاضى للأجر :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ مدق فى صدها على أن: " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى " .

فلئن كان الأصل المقرر فى المادة ١٤٧ مدق أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث إذا اتفق المتعاقدان على أجر معين لمن يقوم بالخدمة سواء كان مقاولا أو محاسبا أو عاملا ، فإنه لا يجوز تعديل هذا الأجر بالزيادة أو النقصان ، إلا أن النص المذكور أتى استثناء من هذه القواعد العامة ، وأجاز للقاضى إذا اتفق بين الموكل والوكيل قبل تنفيذ الوكالة على أجر للوكيل أن يعدل هذا الأجر ، إذ نصت على أن يكون الأجر خاضعا لتقديره " ، وإذ وردت عبارة النص مطلقة فإنه يكون للقاضى زيادة الأجر أو تخفيضه وقد جاء بمذكرة المشرع التمهيدى أنه: " أما فى الحالة الأولى ، إذا كان هناك اتفاق صريح على الأجر ، فإن هذا الاتفاق يخضع لتقدير القاضى ، يخفض الأجر أو يزيده تبعاً لما يتبينه من الظروف ، إذ أن الطرفين قد يخطئان فى تقدير قيمة العمل قبل تنفيذه فللقاضى أن يصلح هذا الخطأ . وهذا الخطأ ، وإن كان مخالفاً للقواعد العامة فى العقود ، هو من الأحكام التقليدية فى الوكالة نقله التقنين المصرى الحالى من القضاء الفرنسى ونقله المشروع من التقنين الحالى " (١) .

= الذى حضر أمامها وموكله فتمطلع بها فحصا وتحقيقا على ما تسير محكمة الموضوع المختصة، إذ ليس هذا من قبيل ما عهد به إليها " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٢٢ جلسة ١٤/٦/١٩٣٤)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٢٢ .

قد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة ٥١٤ من القانون المدنى^(١) قد أنت بنص مطلق من أى قيد شامل بحكم عمومته لطرفى الاتفاق كليهما ولكل تعديل فى الأجر المتفق عليه سواء بالخط منه أو برفعه . فهى تحمى الموكل من الأجر الباهظ كما تحمى الوكيل من الأجر الواكس وليس يحد من عموم هذه المادة ما جاء بالمادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤ التى لا تجعل مجلس السقابة مختصا بتقدير الأتعاب إلا فى حالة عدم الاتفاق عليها، فإن محل تطبيق المادة ٤٤ هذه أن تكون الأتعاب غير متفق عليها ، أما المادة ٥١٤ فمحلها الاتفاق على الأتعاب . ومتى كان مجال تطبيق كل من المادتين مختلفا فلا يستقيم القول بأن أولاهما تخصص من عموم الثانية " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٢٢)

٢- " نص الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى هونص مطلق شامل لكل تعديل فى أجر الوكالة المتفق عليه سواء بالخط منه أو برفعه ، وإذ كان تقدير هذا الأجر مما يستقل به قاضى الموضوع، وكانت محكمة الاستئناف عند تعديلها تقدير محكمة أول درجة للأجر الذى يستحقه الطاعن قد أقامت قضاها فى ذلك على اعتبارات سائغة ، فإن إغفالها الإشارة إلى الأدلة والحجج التى ساقها الطاعن فى هذا الخصوص والتى لا يترتب عليها تغير وجه الرأى فى التقدير لا يعتبر قصورا مبطلا للحكم المطعون فيه " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥)

(١) تقابلها فى القانون الجديد الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ .

٣- " نص المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٧ المنطبق على واقعة الدعوى ، مفاده أن أتعاب المحامى المتفق عليها والتي تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة تخضع لتقدير القاضى طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٩٠٧ من القانون المدنى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر فى رفض طلب الطاعنة استرداد المبلغ على أنه مقدم أتعاب دون أن يستظهر ما إذا كانت هناك ظروف أثرت فى الموكل (الطاعنة) تأثيرا حمله على أداء مقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال فيخضعه لتقديره وفقا لما يستصوبه مراعىا الأعمال التى قام بها الوكيل (مورث المطعون ضدهم) والجهد الذى بذله وأهميته وثروة الموكل ، ولكنه أغفل ذلك وحجبه عنه تطبيقه حكم المادة ١٢٠ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ خطأ على واقعة الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسييب " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

٤- " أتعاب المحاماة المتفق عليها أو التى تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد أجر وكيل يخضع لتقدير قاضى الموضوع طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٥٠٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٥)

٥- " إن أتعاب المحاماة المتفق عليها أو التى تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد أجر وكيل يخضع لتقدير قاضى الموضوع طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٩٧١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٨)

وقد حددت محكمة النقض حالات استعمال القاضي السلطة التقديرية
المخولة له في زيادة الأجر أو تخفيضه كالآتي :

- ١- أن تكون هناك ظروف قد أثرت في الموكل تأثيراً جوهرياً على التعهد
للوكيل بمقابل يزيد كثيراً عما يقتضيه الحال^(١).
- ٢- أن تكون هناك ظروف أثرت في الوكيل فجعلته يقبل أجراً بخساً
لا يتناسب مع العمل الذي أسند إليه.
- ٣- أن يكون الطرفان قد أخطئا في تقدير العمل موضوع الوكالة قبل
تنفيذه .

وقد أوجبت على القاضي إذا ما رأى تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة
أو النقص أن يعرض في حكمه للظروف والمؤثرات التي أحاطت بالتعاقد
وأدت إلى الخطأ في الاتفاق على مقابل غير مناسب حتى يتسنى لمحكمة
النقض مراقبة ما إذا كان إطراحه لإرادة المتعاقدين يستند إلى اعتبارات
مقبولة أم لا .

(١) ففي هذه الحالة يداخل إرادة المتعاقدين مزيج من خطأ يقارب الغلط واضطرار
يقارب الإكراه (السنهوري ص ٦٧٤ هامش ١) فالموكل قد يكون أحياناً كثير
الشغف بالأمر الذي يريد الوصول إليه بواسطة الوكيل ، أو يكون مضطرب البال
خائفاً من عدم إمكانه الوصول إلى مبتغاه إلا بسمي شخص معين يثق بمقدرته
(مصر استئناف ١/٢١/١٩٠٠) .

إذ ذهبت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٠/٢/٢٦ في الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٥ ق إلى أن :

" وإنه وإن كان لقاضى الموضوع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدنى الحق فى تعديل أجر الوكالة المتفق عليه سواء بتخفيضه أو بالزيادة عليه إلى الحد الذى يجعله مناسبا ، إلا أنه لما كان هذا الحق هو استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن الاتفاق شريعة المتعاقدين فإنه يشترط لاستعماله أن تكون هناك ظروف قد أثرت فى الموكل تأثيرا حمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال أو أثرت فى الوكيل فجعلته يقبل أجرا بخسا لا يتناسب مع العمل الذى أسند إليه أو كان الطرفان قد أخطئا فى تقدير قيمة العمل موضوع الوكالة قبل تنفيذه، بحيث إذا انتفت هذه الاعتبارات تعين احترام إرادة المتعاقدين. واتباع القاعدة العامة التى تقضى بأن ما اتفق عليه الخصوم يكون ملزما لهم ، وهو ما يوجب على القاضى إذا ما رأى تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو النقص أن يعرض فى حكمه للظروف والمؤثرات التى أحاطت بالتعاقد وأدت إلى الخطأ فى الاتفاق على مقابل غير مناسب حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان إطراره لإرادة المتعاقدين يستند إلى اعتبارات مقبولة أم لا ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خفض مقدار أجر الوكالة دون أن يبين وجه الخطأ فى مقدار الأتعاب المتفق عليها فإنه يكون مشوبا بالقصور ويستوجب نقضه " .

وإذا كانت الوكالة لحامى فإن القاضى يلتزم عادة جانب الحيلة في زيادة الأتعاب ، فلا يزيدا إلا إذا ثبت أن الدعوى اقتضت من الحامى لظروف استثنائية بذل جهود لم يكن يتوقعها . كأن تشعبت الدعوى واتسع نطاقها وأبدت فيها دفع لم تكن متظرة ، ولم يكن الحامى ليقبل المقدار المستفاد عليه لو أنه كان يعلم ذلك ويلاحظ أن الحامى أقدر من الموكل على تقدير الجهد الواجب بذله^(١).

والأحكام المتقدمة لا تسرى إلا على أجر الوكيل الذى يتفق عليه قبل تنفيذ الوكالة أو أثناء تنفيذها ، أما الأجر الذى يتفق عليه بعد تنفيذ الوكالة فسنعرض له في البند التالى .

وإذا كان الوكيل قد تقاضى أتعابه مقدما ، أو في خلال التنفيذ ، فإنه يجوز للموكل ، الذى يطالب بتخفيض الأتعاب ، أن يسترد الفرق بين ما يستحقه الوكيل من الأتعاب بحسب تقدير القاضى ، وبين ما قبضه فعلا تنفيذنا لشرط العقد .

لكن لا تسرى فوائد المبالغ التى يكون للموكل الحق في استردادها إلا من تاريخ المطالبة القضائية تطبيقا للقواعد العامة . ولا يجوز التحدى بنص المادة ٧٠٦ للقول بسرمان الفوائد في هذه الصورة من تاريخ الإعذار ، لأن هذا النص لا ينطبق إلا على المبالغ التى قبضها الوكيل بصدد تنفيذ الوكالة ، وليست الأتعاب من قبيل هذه المبالغ^(٢).

(١) السهنورى ص ٦٩٠ .

(٢) محمد على عرفه ص ٣٩٧ - السهنورى ص ٦٧٦ هامش (١) .

ولا يجوز الاتفاق قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل على أن ينزل كل من الطرفين عن حقه فى تعديل الأجرة ، ولكن يجوز ذلك بعد تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل .

٢٢٥ - عدم جواز تعديل الأجر المدفوع طوعا بعد تنفيذ الوكالة :

بعد أن نصت المادة ٧٠٩ فى فقرتها الثانية على أنه " فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى أردفت " إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة " .

ومفاد هذا النص أن الموكل إذا دفع أجر الوكيل طوعا بعد تنفيذ الوكالة فلا يجوز للقاضى أن يعدل هذا الأجر بالزيادة أو النقصان . ذلك أنه بعد تنفيذ الوكالة يكون الموكل قد تبين قيمة العمل الذى أداه الوكيل ورأى أن ما دفعه هو الأجر المناسب لهذا العمل ، كما يعتبر قبض الوكيل لهذا الأجر إقرارا منه بأنه الأجر المناسب للعمل الذى قام به . وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص ، فإن الموكل بدفعه طوعا كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعا بالزيادة فى الأجر ، وكذلك الوكيل بعد أن تبين مقدار جهده يكون متبرعا بما ينقص منه ، وليس فى هذا التعرع من الجانبين ما يخالف النظام العام ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" ذلك لأن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذى قام به الوكيل ، فإذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعا بعد ذلك وقبضه

(١) السنهورى ص ٦٧٨ .

الوكيل ، فهذا دليل على أنهما لم يريا ما يقتضى تعديل الأجر ، فلا محل إذن لتحكيم القاضى " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مادام الموكل - إذ قدر أجر وكيله بعد إتمام العمل - قد كان ملما بما أجراه الوكيل ، وكان على بينة من الأمر عند إجراء هذا التقدير ، فالتحدى بالمادة ٥١٤ من القانون المدق لا يفيد إذ أن حكم هذه المادة لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٤/٢٥)

٢- " إن حكم المادة ٥١٤ من القانون المدق لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٢/٨)

ويمكن أن يقاس على ذلك :

١- الاتفاق على أجر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة لاتحاد العلة بين هذه الحالة والحالة الواردة بالنص . وقد أخذت بذلك محكمة النقض إذ قضت بأن :

" الاتفاق على أجر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة يجعل الأجر غير خاضع لتقدير القاضى كما هو الشأن فى دفع الأجر طوعا بعد التنفيذ " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٧)

٢- حالة دفع الموكل طوعا القدر المتفق عليه فى عقد الوكالة بعد تنفيذها لاتحاد العلة .

٣- حالة إقرار الوكيل بعد تنفيذ الوكالة بمديونته للموكل بمبلغ معين أجراه ، ما دام لا يوجد غش أو إكراه من جانب الوكيل أو ظروف تحيط بالموكل تضطره إلى هذا الإقرار ، لاتحاد العلة أيضا ^(١).

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض إذ قضت بأن :

١- (أ) - " إن حكم المادة ٥١٤ من القانون المدق لا ينسحب إلا على الاتفاقات التي تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذي عهد به إليه " .
(ب) - " إن كان إقرار الموكل بمديونته للمحامي بمبلغ معين مقابل تعاقبه في الدعوى التي وكل فيها قد صدر بعد انتهاء العمل الذي قام به المحامي في الدعوى المذكورة وبعد الحكم فيها لمصلحة الموكل ، وكان المحامي قد حرر في تاريخ الإقرار ورقة للموكل تعهد فيها بالمرافعة عنه في قضية أخرى بلا أجر تقديرا منه لثقتة فيه ولوفائه له بتحرير الإقرار ، فمن الخطأ في التكييف أن تعتبر المحكمة الإقرار والتعهد اتفاقا واحدا يكمل أحدهما الآخر فإنهما في الحقيقة مختلفان ولا علاقة بينهما قانونا ، إذ أولهما إقرار بدين غير متنازع فيه واجب الأداء في الحال ، وثانيهما تبرع بالمرافعة بلا أجر ، وبناء على ذلك فلا يجوز في الصورة التحدى بحكم المادة ٥١٤ مدق " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٢/٨)

(١) السنهوري ص ٦٨٠ هامش (١) - وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٣٩٦ ، أكثم الخسولي ص ٣٢٩ فيريان أنه لا يجوز في هذه الصورة حرمان الموكل من حقه في المطالبة بتخفيض الأجر المتفق عليه قبل التنفيذ ويعمل الدكتور عرفه ذلك بأن المشرع لا يجرمه من هذا الحق إلا إذا دفع الأجر طوعا بعد تنفيذ الوكالة . وقد يدفعه إلى هذا الإقرار عدم قدرته على الوفاء .

٢٢٦- فوائد الأجر :

يتقاضى الوكيل فوائد عن الأجر المستحق له قبل الموكل من يوم المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ٢٢٦ مدني ، فلا يوجد نص خاص يحدد تاريخا آخر لاستحقاق هذه الفوائد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت المحكمة إذ قضت للمحامي بالمبلغ الذي قدرته له مقابل الأعمال التي باشرها لصالح موكله قد رفضت طلب الفوائد دون أن تورد أسبابا تبرر هذا الرفض فإن حكمها يكون مشوبا بعيب القصور، ذلك أن الفوائد في صورة الدعوى إنما هي تعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التي كانت قائمة بين الطرفين وهي تستحق للوكيل من يوم إعلان صحيفة الدعوى عملا بنص المادة ١٨٢ من القانون المدني المختلط الذي يحكم النزاع المقابلة للمادة ٢٢٦ من القانون المدني الجديد " .

(طعن رقم ٢١٨ سنة ٢٢ ق جلسة ١٦/٦/١٩٥٥)

٢- " الفوائد هي تعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التي ثبت قيامها بين الطرفين والتي تستحق من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني التي تقرر حكمها عاما لاستحقاق فوائد التأخير عن الوفاء بالالتزام إذا كان محله مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، وإذ رفض الحكم القضاء بهذه الفوائد دون أن يبين سبب الرفض ولم يفصح عما إذا كان ما قدره من أجر قد روعي فيه تعويض

الطاعن عن التأخير في الوفاء بالأجر المحكوم له به أم لا فإنه يكون قاصر
التسبيب عما يستوجب نقضه في هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥)

أتعاب المحامي

٣٢٧- عمل المحامي يكون بأجر :

لاشبهة في أن عمل المحامي يكون مقابل أجر. وهو ما يطلق عليه في
قانون المحاماة " أتعاب " إذا اتفق صراحة على أتعاب تؤدي إليه مقابل
العمل الذي يقوم به .

أما إذا لم يتفق صراحة بين الموكل والمحامي على أتعاب نظير عمله ،
فقد رأينا أن المادة ٧٠٩ مدني نصت في فقرتها الأولى على أن الأجر
" يستخلص ضمنا من حالة الوكيل " ولما كان المحامي يتخذ من مهنته مصدرا
لعيشه ، فإن وكالة المحامي تكون في الأصل مقابل أجر ، ولو لم يتفق
صراحة على أجر له .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المشار إليها تقرر أمرين : أولهما
حق المحامي في الحصول على أتعاب عن أعمال المحاماة التي قام بها .
وثانيهما الحق في أن ترد إليه المصروفات التي يكون قد أنفقها في سبيل
مباشرة الأعمال التي وكل فيها . وكلا الأمرين لاختلاف عليه في النزاع
الراهن ، ذلك أن الأعمال القانونية التي يقوم بها المحامي ممثلا فيها
لموكله ، تعتبر من أعمال الوكالة وتسرى عليها أحكامها ، كأصل عام .
وقد يقوم المحامي إلى جانبها ببعض الأعمال المادية ، ويظل كذلك- حتى
في هذه الحالة- خاضعا لقواعد الوكالة ملتزما ضوابطها كلما كان العنصر

الأغلب في هذين النوعين من الأعمال ، متصلا بالأعمال القانونية. والأصل المقرر في الوكالة أنها تبرعية ما لم يوجد اتفاق على الأجر بين كل من الموكل والوكيل سواء كان هذا الاتفاق صريحا أم كان ضمنيا . وتكون الوكالة مأجورة ضمنيا إذا كان الوكيل عن محترفين مهنة يتكسبون منها ، وكان العمل الموكل فيه يدخل في إطار أعمال هذه المهنة. ويدل الواقع على أن الوكالة المأجورة هي الأكثر وقوعا في العمل ، وأن الوكيل لا يقوم بأعمال الوكالة تفضلا أو بماملة إلا بدليل قاطع من الظروف المحيطة بها ، وهو يؤجر على ما بذل من جهد في تنفيذ أعمال الوكالة ولو لم يكن قد بلغ نتيجة بذاتها ، باعتبار أن التزامه الناشئ عقد الوكالة لا يعدو أن يكون التزاما ببذل عناية ، وليس بتحقيق غاية . وسواء قام الطرفان بتعيين أجر الوكالة من البداية أم أغفلا تحديده ، فإن تقديره في النهاية مرده إلى القاضى عند الخلاف على مقداره ، وهو ما لا يتصور إذا كان أجر الوكالة قد دفع تطوعا بعد تنفيذها " .

(القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق " دستورية" جلسة ١٢/٢/١٩٩٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ تقضى المادة ٧٠٩ /١ من القانون بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل ، فإن اشتغال المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التي وكل فيها لحساب الطاعن يكفى في ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هي مهنته التي يحترفها ويتكسب منها " .

(طعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١١٥/٤/١٩٦٩)

وتكسون وكالة المحامي مأجورة ولو لم تكن متعلقة بدعوى مطروحة على جهات القضاء ، كما لو كان محل الوكالة القيام بإنجاز عمل إداري لمنفعة الموكل .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٨٦ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ ، إذ تنص على أنه لا يجوز لغير المحامين أن يمارسوا بصفة منتظمة الإفتاء أو إبداء المشورة القانونية أو القيام بأى عمل أو إجراء قانوني للغير ، فقد دلت على حق المحامي في القيام بأى عمل أو إجراء قانوني للغير سواء تعلق بدعوى مطروحة على جهات القضاء أو مباشرته بغية تحقيق منفعة قانونية لموكله ، إذ كان ذلك فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون- إذ قضى لمورث المطعون عليها الأولى بأتعاب حالة أن المهمة التى وكلت إليه كانت إدارية وليست متعلقة بدعوى - يكون في غير محله " (١).

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩/٥/١٩٨١)

غير أن ذلك لاينفى أن تكون وكالة المحامي عن موكله بلا أجر في بعض الحالات ، بشرط أن يثبت ذلك من ظروف الوكالة ، ومثل ذلك أن تربط المحامي بموكله رابطة قرابة أو صداقة تعود معها ألا يأخذ اجرا

(١) ويسرى هذا القضاء في ظل قانون المحاماة الحالى رقم ١٧ لسنة ١٩٨١ ولايقدم في ذلك أن المادة الثالثة من القانون الأخير لم تورد عبارة أوالقيام بأى عمل أو لإجراء قانوني للغير الواردة في المادة ٨٦ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الملغى لأن المادة الثالثة لم تورد أعمال المحاماة على سبيل الحصر وإنما ذكرت " ويعد من أعمال المحاماة " ١- إلخ " .

على عمله من هذا القريب أو الصديق ، أو أن تكون له مصلحة شخصية في القيام بالوكالة ولو دون أجر كما لو رفع دعوى في شأن مال شائع وهو أحد الملاك على الشيوع فقد تدل الظروف في هذه الحالة على أنه قبل التوكيل عن شركائه في الشيوع دون أجر^(١).

كما أن هناك حالات يوجب فيها قانون المحاماة على المحامي الوكالة بغير أجر ، وهو ما نعرض له في البند التالي .

٣٢٨ - أتعاب المحامي في الحالات التي يندب فيها للدفاع عن المتهم أو المرافعة عن الخصم :

هناك حالات يندب فيها المحامي للدفاع عن المتهم أو المرافعة عن الخصم ، وينظم القانون كيفية حصول المحامي في هذه الحالات على أتعابه بالتفصيل الآتي :

١- تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من الدستور على أن : " وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه " وقد أكدت ذلك المادة ٢/٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية التي أوجبت أن يندب المحامي العام من تلقاء نفسه محاميا لكل متهم بجنائية صدر أمر بإحالته إلى محكمة الجنائيات إذا لم يكن قد وكل محاميا للدفاع عنه .

وتنص المادة ٣٧٦ من القانون الأخير على أن للمحامي المنتدب من قبل قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو رئيس محكمة الجنائيات أن يطلب تقدير أتعاب له على الخزانة العامة إذا كان المتهم فقيرا . وتقدر المحكمة هذه الأتعاب في حكمها في الدعوى .

(١) السهوري ص ٩٨٢ وما بعدها .

ويجوز للخزانة العامة متى زالت حالة فقر المتهم ، أن تستصدر عليه أمر تقدير بأداء الأتعاب المذكورة .

٢- تقوم بمجالس النقابات الفرعية للمحامين بتشكيل مكاتب تابعة لها لتقديم المساعدات القضائية لغير القادرين من المواطنين في دائرة اختصاص كل منها .

وتشمل هذه المساعدات القضائية رفع الدعاوى والحضور فيها وفي تحقیقات النيابة العامة وإعطاء المشورة القانونية وصياغة العقود .

ويصدر مجلس النقابة العامة نظاما لمكاتب المساعدات القضائية يبين كيفية ترتيب المحامين بهذه المكاتب والمكافآت التي تدفع لهم وشروط انتفاع المواطنين بخدماتها . (م٩٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) .

ويجب على المحامي تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم في الحالات التي ينص عليها هذا القانون ، وعليه أن يؤدي واجبه عن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التي يبذلها إذا كان موكلا .

ولا يجوز للمحامي المنتدب للدفاع أن يتحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التي يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر في الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره (مادة ٦٤) .

وعلى ذلك فإن نقابة المحامين هي التي تلتزم في هذه الحالة بمنح المحامي المكافأة التي يحددها النظام الذي يصدره مجلس النقابة العامة .

٣- إذا رفض عدة محامين قبول الوكالة في دعوى من الدعاوى التي يتطلب القانون اتخاذ الإجراء القانوني فيها عن طريق مكتب محام، يندب

مجلس النقابة الفرعية بناء على طلب صاحب الشأن محاميا لاتخاذ الإجراء القانوني والحضور والمرافعة ، ويحدد مجلس النقابة أتعابه بموافقة صاحب الشأن (م ٩٥) .

٤- يندب مجلس النقابة الفرعية للمحامين محاميا للحضور عن المواطن الذى يتقرر إعفاؤه من الرسوم القضائية لإعساره .

ويقوم المحامى المتدب بالدفاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه (م ٩٤) .

ويذهب الفقه إلى أن للمحامى الرجوع على من ندب عنه بعد زوال حالة فقره بأتعابه والمصاريف التى أنفقها لأنه إذا كان الغرض من المساعدة القضائية للفقراء هو مساعدتهم فى الحصول على حقوقهم إلا أن هذا لا يمنع من الرجوع عليهم متى زالت حالة فقرهم^(١).

اتفاق الموكل والمحامى على أتعاب المحامى :

٣٢٩- النصوص القانونية :

المادة (٨٢) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ :

" للمحامى الحق فى تقاضى أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة والحق فى استرداد ما أنفقه من مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها . ويتقاضى المحامى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله وإن تفرع

(١) الدكتور محمد عبد الظاهر حسين المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل

عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى حق المحامى أن يطالب
بأتعابه عنها .

ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى
والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى .

ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولا تقل عن خمسة فى
المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب
التقدير^(١) .

(١) قضت المحكمة الدستورية العليا بملسة ١٢/٢/١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنة
١٤ قضائية "دستورية" (المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٩ (تابع) فى ٣
مارس ١٩٩٤ بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة من الاعتراف
بملاءة الموكل أحد العناصر التى تدخل فى تقدير أتعاب محاميه وكذلك ما قرره
من أن لا تقل الأتعاب المستحقة عن ٥% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله فى
العمل موضوع طلب التقدير .
ونشر الحكم كاملا فيما يلى :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ الموافق ١ رمضان
سنة ١٤١٤ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر رئيس المحكمة

== وحضور السادة المستشارين : الدكتور محمد إبراهيم أو العنين ، ومحمد ولى الدين جلال وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض .
أعضاء
وحضور السيد المستشار / نجيب جمال الدين علما
المفوض
وحضور السيد / رأفت محمد عبد الواحد
أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" .

المقامة من

السيد / أمير لطفي المنديراوى .

السيدة / تغريد فوزى سليمان .

ضد

السيد/ رئيس الجمهورية .

السيد/ رئيس الوزراء.

السيد / وزير العدل.

السيد / نقيب المحامين .

السيد عبد الرحمن طه طه .

الإجراءات

بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٩٢ أودع المدعيان صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا طالين الحكم بعدم دستورية المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ مع ما يترتب على ذلك من آثار .
وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة بدفعها .

وبعد تحضر الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجملة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعين أقاما هذه الدعوى بصحيفة خلصا في ختامها إلى طلب الحكم بعدم دستورية المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، وقالوا شرحا لذلك أنهما وكلا عنهما المدعى عليه الخامس عماليا لمباشرة بعض الدعاوى المتعلقة بهما ، إلا أنه أحل بواجباته المهنية وعرضهما لأخطار فادحة . وإذ تقدما بشكوى ضده إلى النيابة العامة ، فقد استصدر ضدهما من نقابة المحامين الفرعية بالقاهرة أمر تقدير لأتباعه بمبلغ خمسة وسبعين جنيه مستغلا في ذلك الأوراق التي تحت يده ، وحضوره في القضايا التي كان يقيمها لصالحهما والتي لم تستكمل إجراءاتها بعد . وقد طعنا في هذا الأمر كما طعن هو فيه وذلك أمام محكمة استئناف القاهرة التي قررت ضم الاستئنافين إلى بعضهما ، وإذ دفع الحاضر عنهما بعدم دستورية المادة ٨٢ من قانون المحاماة المشار إليه ، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفاعهما وصرحت لهما بإقامة الدعوى الدستورية ، فقد أقاما الدعوى الماثلة .

وحيث إن المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ تنص على ما يأتي :

فققرة أولى : للمحامي الحق في تقاضى أنصاف لما يقوم به من أعمال المحاماة والحق في استرداد ما أنفقه من مصروفات في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها .

== **فقرة ثالثة :** ويتقاضى المحامي أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله . وإذا تفرغ عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى ، حق للمحامي أن يطالب بأتعابه عنها .

فقرة ثالثة : ويدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامي والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامي ، ويجب ألا تزيد الأتعاب على (عشرين فى المائة) وألا تقل عن (خمسة فى المائة) من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير .

فقرة رابعة : وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامي مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها .

وحيث إن المدعين ينعين على المادة ٨٢ المشار إليها مخالفتها للدستور بمقولة إن الدستور ضمن حق التقاضى للناس كافة فى المادة ٦٨ ، ونص فى المادة ٦٩ - التى كفصل بها حق الدفاع أصالة أو بالوكالة - على أن يوفر المشرع لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم . غير أن النص التشريعى المطعون فيه أطلق لكل عام العنان فى اقتضاء أتعابه ، محدد عناصر تقديرها بغير حساب ، ودون ما اعتداد بمقدم الأتعاب أو غيره من المبالغ التى يكون قد تقاضاها أثناء نظر الدعوى ، وبغير تربص بالقضايا التى يكون الموكل قد أقامها ضده للفصل فيما هو منسوب إليه من الجرائم التى ارتكبها والمستوجبة لمسئولياته الجنائية والمدنية ، هذا بالإضافة إلى أن نقابة المحامين متعاطفة دائما مع أعضائها مما يعد افتئاتا على حقوق المواطنين مستوجبا تقرير الضوابط اللازمة لإعمال النص التشريعى المطعون عليه .

ومن حيث إن المدعى عليه الخامس دفع بعدم قبول الدعوى الدستورية بمقولة عدم اتصالها بالمحكمة الدستورية العليا وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها ارتكانا من جانبها إلى أن الدفع بعدم الدستورية الذى أبداه المدعيان لايجوز أثارته لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وكان يتعين - وباعتباره من ==

الدفوع الإجرائية - أن يطرح أمام محكمة أول درجة ابتداء وقبل تعرضها لموضوع النزاع الذي تنولى الفصل فيه .

وحيث إن هذا الدفع مردود بما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن الشرعية الدستورية التي تقوم بمراقبة التقيد بها ، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور . ذلك أن لهذه الشرعية- في موقعها من البناء القانوني في الدولة - مقام الصدارة وانفاذها وبلوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة - بكافة تنظيماتها- للقانون والتزامها بمضمونه وفحواه . ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي - إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعين الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغوارها ، ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها ، يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادة ٢٩ من قانونها لتتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها ، متقصية أبعادها ، محيطة بجوانبها متعمقة دخائلها بالغة ببحثها متناه ، بما موداه أنه لا يجوز لأية جهة تنولى الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور ولا أن تنحيا جانبا ، بل يتعين عليها أن تنزل القواعد الدستورية المنزلة الأعلى التي تتبوؤها ، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى إعمالها لنصوص تشريعية لازمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها ولو داخلتها شبهة ترجع مخالفتها للدستور بخروجها على زواجره ونواحيه، وهو ما يناقض سيادة القانون- والدستور على القمة من مدارجه - ويخل كذلك بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية رأسية أسسها تتكامل عناصرها ،

== وتتواصل حلقاتها دون انقطاع ، وينقص من جهة أخرى دور المحكمة الدستورية العليا في مباشرة رقابتها على هذه الشرعية بوصفها أمنية عليها حافظة لها ، غير مجاوزة لتخومها ، لتفرض بأحكامها كلمة الدستور على المخاطبين بها ، فلا ينسلخون منها أو يميلون عنها . متى كان ذلك وكان الدفع بعدم دستورية نص تشريعي يطرح بالضرورة - ومن أجل الفصل في هذا الادعاء - ما بين القواعد القانونية من تدرج يفرض عند تعارضها إهدار القاعدة الأدنى تغليباً للقواعد التي تعلوها ، وكان من المقرر - وعلى ما سلف البيان أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكاناً علياً لأنها توسد منها المقام الأسمى لقواعد آمرة لا تبديل فيها إلا بتعديل الدستور ذاته ، فإن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية ، بل يتغيا في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام ، وهي أجدر قواعده وأولاهها بالإعمال ، بما موداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة عليها الدعوى ، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها .

ومن حيث أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع.

وحيث إنه لا مصلحة للمدعين في الطعن على الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادرة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، ولا على الفقرتين الثانية والرابعة منها ، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٨٢ المشار إليها تقرر أمرين: أولهما حق المحامي في الحصول على أتعاب عن أعمال المحاماة التي قام

==

== بها : وثانيهما الحق في أن ترد إليه المصروفات التي يكون قد أنفقها في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها . وكلا الأمرين لا خلاف عليه في النزاع الراهن ، ذلك أن الأعمال القانونية التي يقوم بها المحامي مثلا فيها لموكله ، تعتبر من أعمال الوكالة وتسرى عليها أحكامها ، كأصل عام . وقد يقوم المحامي إلى جانبها ببعض الأعمال المادية ، ويظل كذلك - حتى في هذه الحالة - خاضعا لقواعد الوكالة ملتزما ضوابطها كلما كان العنصر الأغلب في هذين النوعين من الأعمال ، متصلا بالأعمال القانونية . والأصل المقرر في الوكالة أنها تسرية ما لم يوجد اتفاق على الأجر بين كل من الموكل والوكيل سواء كان هذا الاتفاق صريحا أم كان ضمنيا . وتكون الوكالة مأجورة ضمنا إذا كان الوكيل ممن يحترفون مهنة يتكسبون منها ، وكان العمل الموكل فيه يدخل في إطار أعمال هذه المهنة . ويدل الواقع على أن الوكالة المأجورة هي الأكثر وقوعا في العمل ، وأن الوكيل لا يقوم بأعمال الوكالة تفضلا أو مجاملة إلا بدليل قاطع من الظروف المحيطة بها ، وهو يؤجر على ما بذل من جهد في تنفيذ أعمال الوكالة ، ولو لم يكن قد بلغ نتيجة بذاتها ، باعتبار أن التزامه الناشئ عقد الوكالة لا يعلو أن يكون التزاما ببذل عناية ، وليس بتحقيق غاية . وسواء قام الطرفان بتعيين أجر الوكالة من البداية أم أغفلا تخديده ، فإن تقديره في النهاية مرده إلى القاضي عند الخلاف على مقداره ، وهو ما لا يتصور إذا كان أجر الوكالة قد دفع تطوعا بعد تنفيذها . متى كان كذلك ، وكانت الأتعاب التي طلبها محامي المدعين قد عرض أمرها على مجلس النقابة الفرعية إعمالا لنص المادة ٨٤ من قانون المحاماة الذي يسرى عند وقوع خلاف بشأنها بين الموكل ومحاميه ولا يكون مقدارها محسوبا بالاتفاق عليها كتابة ، وكان المدعيان قد نعييا على هذا التقدير ارتكابه إلى ==

عناصر بذواتها حددتها الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ في إطلاق لا يعتد بما قد يكون المحامي قد اقتضاه بالفعل من موكله من مبالغ يتعين خصمها من الأتعاب المحكوم بها ، فإن المدعين يكونان قد أقرأ بأن الوكالة الماثلة غير تطوعية ، وليس لهما من بعد أن ينازعا في أصل الحق في الأجر عن الأعمال القانونية التي قام بها الوكيل ، ولا أن يعارضا حق الوكيل في أن ترد إليه المصروفات التي يكون قد أنفقها في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها ، ذلك أن الأعمال القانونية التي يقوم بها المحامي في إطار مهنته تعتبر أعمالا مأجورة ولو لم تكن متعلقة بخصومة قضائية ، بل منصرفة إلى غيرها من الأعمال التي يفسد منها الموكل وتكون ضرورية لتأمين الأغراض النهائية للوكالة. أما المصروفات التي يكون قد أنفقها بما لا يجاوز متطلبات تنفيذ الأعمال التي وكل فيها ، فإن حجبها عنه يعتبر إفقارا له بمقدارها دون مسوغ من اتساق أو من نص في القانون ، وهو ما لا يجوز باعتباره إثراء يصيب الموكل بلا سبب.

وحيث إنه لا مصلحة أيضا للمدعين في إطراح الفقرتين الثانية والرابعة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة المطعون عليهما ، ذلك أن ما تنص عليه الفقرة الرابعة منها من أنه لا يجوز في أية حال أن يكون أساس تعامل المحامي مع موكله ، أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها ، إنما يستمخض عن مزية تعود فائدتها - في الحدود التي قررتها هذه الفقرة - عليهما . إذ كان ذلك ، وكان من المقرر أن الدعوى الدستورية ينبغي أن تؤكد بمهاية الخصومة التي تناولها ، التعارض بين المصالح المثارة فيها بما يعكس حدة التناقض بينها ، ويبلور من خلال تصادمها ومجابتها لبعض ، حقيقة المسألة الدستورية التي تدعي المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها ، إذ كان ذلك وكان من المسلم أن الحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة في ذاتها ،

ولا يتصور أن تعمل في فراغ ، وأنه أيا كان وزنها أو دورها أو أهميتها في بناء النظام القانوني للدولة ودعم حرياته المنظمة ، فإن تقريرها تقيا دوما توفير الحماية التي تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها ، يستوى في ذلك أن تكون هذه الحقوق من طبيعة موضوعية أو إجرائية . ولا يكفي بالتالي لتوافر المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية ، مجرد إنكار أحد الحقوق المنصوص عليها في الدستور أو محض الخلاف حول مضمون هذا الحق ، بل يجب أن يكون للخصم الذي أقامها مصلحة واضحة في اجتناء الفائدة التي يتوقعها منها باعتبارها الرضوية القضائية التي يرد بها عن الحقوق التي يدعيها مضار فعلية أصابتها أو تهددها من جراء إعمال النص التشريعي المطعون عليه في حقه ، وترتيبه لأثار قانونية بالنسبة إليه . ولا كذلك إفادة المدعين من مزاي نص تشريعي معين ، إذ يكون الطعن عليه من قبلهما غير جائز .

وحيث إنه لا مصلحة للمدعين كذلك في الطعن على الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون المحاماة ، ذلك أن ما تنص عليه من أن للمحامي أن يتقاضى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله ، وأنه إذ تفرغت عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى ، كان للمحامي أن يحصل على أتعابه عنها ، مواده أن الأصل هو ألا يتقاضى المحامي أكثر من الأتعاب التي تم الاتفاق عليها كتابة ، فإذا لم يكن ثمة اتفاق ، أو كان الاتفاق قد تناول دعوى بذاتها ، ولكن أعمالا أخرى غير التي ورد الاتفاق بشأنها قد تفرغت عنها ، فإن أتعاب المحامي - في هاتين الحالتين - تقدر على ضوء العناصر التي حددتها الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ المطعون عليها . وهذه العناصر وحدها هي التي ينحصر نطاق الطعن فيها بالنظر إلى تعلقها بموضوعه ، بالإضافة إلى أن ذلك أكفل لمقاصد المدعين اللذين ركزا مناعيهما عليها بمقولة إطلاقها دون قيد ، وأن الغاية منها هي تمكين المحامين من الضغط على موكلهم وتطويرهم لمصلحتهم بالمخالفة للواقع والقانون.

«وحيث إن الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة - التي انحصرت فيها نطاق الطعن على النحو المتقدم - تنص على أن يدخل في تقدير أتعاب المحامي أهمية الدعوى والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامي ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين في المائة وألا تقل عن خمسة في المائة من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير .

وحيث إن المدعين ينعان على الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة مخالفتها لنص المادة ٦٩ من الدستور .

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الدستور نظم حق الدفاع محددًا بعض جوانبه مقررًا كفالاته كضمانة مبدئية أولية لعدم الإخلال بالحرية الشخصية ولصون الحرية في مظاهرها المختلفة والحقوق جميعها ، سواء في ذلك تلك نص عليها الدستور أو التي كفلتها النظم المعمول بها ، فأورد في شأن هذا الحق حكمًا قاطعًا حين نص في الفقرة الأولى من المادة ٦٩ منه على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وكان ضمان هذا الحق يفترض أن يكون الدفاع فعالًا محيطًا بالخصومة التي يتناولها التوكيل ، فلا تكون المعاونة التي يقدمها المحامي لموكله دون مستوياتها الموضوعية التي يملئها التبصر وتفرضها العناية الواجبة ولا ينزلق المحامي بتقصيره في أدائها إلى أخطاء مهنية لو كان قد تداركها في حينها لكان من الأرجح أن تتخذ الخصومة مسارًا مختلفًا ، وكان الدستور تعزيزًا منه لضمانة الدفاع على هذا النحو، لم يجر للسلطة التشريعية إهدار هذا الحق أو تقليص محتواه بما يعطل فعاليته أو يحد منها ، كاشفاً بذلك عن أن ضمانة الدفاع لم تعد ترفاً يمكن التجاوز عنه ، وأن التعلق بأهذابها الشكلية دون التعمق في حقائقها الموضوعية ، يعتبر تراجعاً عن مضمونها الحق مصادماً لمعنى العدالة منافيًا لمتطلباتها ، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها ، ليس إلا هدمًا للعدالة ذاتها بما يحول دون ورفها سوية على قدميها ، سواء كان نقضها أو إعاقتها منصرفاً-

«إلى حق الدفاع بالأصل بما يقوم عليه من ضمان حق كل فرد في أن يعرض وجهة نظره في شأن الواقعة محل التداعى مبينا حكم القانون بصدددها ، أم كان متعلقا بالدفاع بالوكالة حين يقيم الشخص باختياره عماميا يطمئن إليه لخبرته وقدراته وبراهن ثقتته فيه أقدر على تأمين المصالح التي يرمى إلى حمايتها وكان الدستور بعد أن قرر أصل الحق في ضمانه الدفاع - أصالة أو بالوكالة - قد عطا خطوه أبعد بإقراره الفقرة الثانية من المادة ٦٩ منه التي تنص على أن تكفل الدولة لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم بخلاف المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملائمة التي يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحرمانهم من خلال تأمين ضمانه الدفاع عنها، وكان المدعيان لا يقولان بإنكار حقهما في اللجوء إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان الذي ذهبا إلى وقوعه على حقوقيهما المالية ، ولا يدعيان أنهما من المعوزين الذين يلوذون بالمعونة القضائية لتأمين ضمانه الدفاع عن حقوقهم هذه ، وكانت الوكالة بالخصوص غايتها أن يقوم عماد من اختيارهما بإدارة الدفاع عنهما وتوجيهه ، وتفترض هذه الوكالة أنها مأجورة لا تبرعة باعتبار أن الأعمال موضوعها تدخل في إطار مهنة المحاماة التي احترفها وكيلهما ، وكان المدعيان قد أيدوا ذلك بإقرارهما أنهما دفعا لهذا الوكيل جزءا من مقدم أتعابه ، فإن مقالة سريان الفقرة الثانية من المادة ٦٩ من الدستور في حقهما - وقوامها معاونة الدولة للمعسرين وفقا للقانون وبما لا يجاوز الحق في تمثيل ملائم يعرض مصالحهم ويرد غائلة العدوان عنها عن طريق من يندبون المحامين لهذا الغرض لا يكون لها محل .

وحيث إن المدعيين ينعيان كذلك على الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة تحيفها ، ومنها لأنها لمصالح المحامين وتقريرها حقوقا لهم تجاوز حد الاعتدال مما آل الركون إليها للضغط من خلالها على موكلهم وتطويرهم لإرادتهم بالمخالفة للقانون .

«وحيث إن الأصل المقرر قانوناً أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي تنفيذاً لعقد الوكالة مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها ، ذلك أن الوكالة من عقود القانون الخاص التي تتوازن المصالح فيها ، ولا تملل الحقوق الناشئة عنها في اتجاه أحد طرفيها ، ويتعين بالتالي أن يكون تقرير أجر المحامي عن الأعمال التي قام بها - في إطار عقد الوكالة وتنفيذاً لمقتضاها - معقولاً ، فلا يكون أجر الوكيل عنها مبالغاً فيه مرهقاً الموكل في غير مقتضى وإلا كان تقديره تحكيماً مجاوزاً الأسس الموضوعية التي يتعين أن يتحدد على ضوئها توصلاً إلى تقديره دون زيادة أو نقصان ، وبعيداً عن شبهة المبالاة . أو التحمل . ولازم ذلك أن يكون أجر المحامي متناسباً مع الأعمال التي أداها ، وأن يقدر بمراعاة أهميتها ، وعلى ضوء مختلف الظروف ذات العلاقة المحلية بها ويندرج تحتها بوجه خاص القيمة الفنية لهذا الأعمال ، والجهد الذي بذله المحامي في إنجازها عمقاً وزمناً ، والعوارض الاستثنائية التي قد واجهته في تنفيذها ، وصعوبة أو تعقد الأعمال التي أداها ومظاهر تشعبها ، والنتائج التي حققها من خلالها ، وما عاد على الوكيل منها من فائدة . ومن ثم تكون حقيقة الأعمال التي قام بها المحامي هي ذاتها مناطاً لتحديد أجره ، ويتعين بوجه عام أن يكون مرد الاعتداد بها عائداً إلى العناصر الواقعية المختلفة التي يتحدد بها نطاقها ووزنها ، وبما لا إخلال فيه بالظروف الموضوعية المتصلة بها . ودون ذلك ، فإن تقدير أجر المحامي يكون منظوياً على عدوان على الحقوق المالية للموكل ، وهي حقوق حرص الدستور على صونها ، ومن ثم كان ضرورياً أن يقدر أجر المحامي بمراعاة كل العوامل التي تعين على تحديده تحديداً منصفاً ، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها ، وإن جاز أن يكون من بينها : أولاً : حقيقة الجهد والزمناً الذي بذله المحامي وكان لازماً لإنجاز الأعمال التي وكل فيها ، ثانياً : جودة المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها . ثالثاً : ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية . رابعاً : ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي-

= عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامسا: الأجر المقرر عرفا مقابلا معقولا لها . سادسا : القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على المحامي لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التي أملتھا ظروفها. سابعا : النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها . ثامنا : مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة . تاسعا : طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها في الزمان . عاشرا : الأتعاب التي تقررت لغيره مسن المحامين في الدعاوى الماثلة . حادى عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملاساتها.

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكانت العوامل الموضوعية وحدها هي التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي باعتبارها مرتبطة بطبيعة الأعمال التي أداها ومبلغ أهميتها ومصلحتها النهائية وغو ذلك من الظروف ذات العلاقة المحيطة بها وثيقة الاتصال بالتالى بقيمة هذه الأعمال منظورا في ذلك إلى عناصرها الواقعية والجهد الذى لازمها وكان يلزم عقلا أن يبذل فيها . وجب استبعاد ما عدلها مما لا يندرج تحتها .

وحيث إن الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة قد أوردت ضمن العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب المحامي أهمية الدعوى والجهد الذى بذله في سبيلها والنتيجة التي حققها وأقدمية قيده _ وجميعها عوامل موضوعية تعين على تقدير هذه الأتعاب تقديرا منصفًا ، إلا أن نص هذه الفقرة ذاتها _ إذا اعتد بملاءة الموكل كأحد عناصر هذا التقدير ، فإنه يكون قد جاوز في هذا السطاق الأسس للمعقولة التي يتعين أن تتحدد الأتعاب على ضوءها ، ذلك أن ثروة الموكل منقطعة الصلة بالأعمال التي باشرها الوكيل ، ولا يجوز أن يكون لها من أثر على تقييمها . وليس منطقيا أو معقولا أن تزيد قيمة هذه الأعمال وأن تصاعد أهميتها تبعًا ليسار للوكل وليس بالنظر إلى طبيعتها وفحواها. يؤيد ذلك أنه وإن صبح القول بأن الأتعاب المتنازع عليها لا يجوز أن تحدد على نحو يكون منبسطا لهمم الأكفاء من المحامين، فإن من الصحيح كذلك =

أنها لا يجوز أن تكون مستعجلة في غير مقتضى بافتقارها إلى العوامل الموضوعية اللازمة لحملها .

وحيث إنه بالإضافة إلى ما تقدم ، فإن ما قرره الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ المشار إليها من أنه لا يجوز أن تقل أتعاب المحامي عن ٥٥% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير ، موداه أنه أيا كان مقدار الجهد الذي بذله المحامي في أداء هذا العمل ، فإن الحدود الدنيا لأتعابه لا يجوز أن تقل عن ٥٥% من الفائدة التي حققها ، وهو ما يخرج بتقييم الأعمال التي باشرها عن الأسس الموضوعية التي يجب أن تكون قواما لها .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكانت الحماية التي أظّل بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان وفقا لنص المادة ٣٤ منه ، لا تتبرر منحصرة في الملكية الفردية كحق عيني أصلي تنفرغ عنه الحقوق العينية جميعها ويعتبر جماعتها وأوسعها نطاقا ، بل تمتد هذه الحماية إلى الأموال جميعها دون تمييز بينها باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان هذا الحق شخصا أم عينا أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية ، وكان ما يميز الملكية الفردية عن الحقوق الشخصية هو أنه بينما تخول الملكية الفردية صاحبها السلطة المباشرة على الشيء محلها تصرفا واستغلالا واستعمالا لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها يستخلصها منها دون وساطة أحد، فإن الحقوق الشخصية ترتبط بمدين معين أو بمدينين معينين ، وبوساطتهم يكون اقتضاء الدائن لها ، وكان التمييز بين الملكية الفردية والحقوق الشخصية على هذا النحو لا ينال من كونهما من الأموال، ذلك أن الحقوق العينية التي تقع على عقار ... بما في ذلك حق الملكية - تعتبر مالا عقاريا أما الحقوق العينية التي تقع على منقول وكذلك الحقوق الشخصية - أيا كان محلها - فإنها تعد مالا منقولا . ويتعين بالتالي أن تمتد الحماية المنصوص عليها في المادة ٣٤ من الدستور إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ذلك أن التمييز بينهما في مجال هذه الحماية يناقض مقاصد الدستور في سعيها لتأمين الأموال جميعها -

- من العلوان عليها وبما يردع مقتضيها . متى كان ما تقدم ، وكان تعيين أتعاب المحامين على ضوء عنصرين غير موضوعين -- أحدهما ملاة الموكل وثانيهما حد أدنى تقرر بقاعدة هامة مجردة يلزم تطبيقها في كل حال لضمان عدم النزول بمبلغها عن قدر معين مواده اعتبار ما يقابلها من مبالغ التزاما مترسبا في ذمة الموكل منذ نشوئه ، وكان كل التزام يعتبر قيمة مالية سليمة حال أن هذين العنصرين منفصلان عن حقيقة الأعمال التي قام بها الوكيل ولا يغلان بالتالي أية قيمة مالية يتصور معها أن يقعا عبثا في مال المدين بما يجرد ذمته المالية - وهي لا تتناول إلا مجموع الحقوق والديون التي تكون لها قيمة مالية - من بعض عناصرها الإيجابية ، إذ كان ذلك ، فإن النص التشريعي المطعون فيه يكون مخالفا من هذه الناحية للمادة ٣٤ من الدستور .

وحيث إن ما قرره المدعيان من أن الفقرة الثالثة من المادة (٨٢) أنفة البيان تسقط من حسابها مقدار المبالغ التي يكون قد دفعها مقبلا لمحاميها، مردود بأن حكمها لا يفيد ذلك ، إذ لا تتناول هذه الفقرة بالتنظيم غير الأسس التي قدر المشروع ضرورة تحديد أتعاب الوكيل على ضوءها بافتراض عدم وجود اتفاق كتابي بشأنها والخلاف عليها ، ولا يحول بذاته دون استنزال أية مبالغ منها يكون الموكل قد أداها للوكيل كلما قام الدليل عليها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (٨٢) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من الاعتداد بملاة الموكل كأحد العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب محاميها وكذلك ما قرره من أن لا تقل الأتعاب المستحقة عن ٥% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامي مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها " .

المادة ٨٣ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ :

" إذا انتهت الدعوى أو النزاع صلحا أو تحكيما استحق المحامي الأتعاب المتفق عليها ما لم يكن قد تم الاتفاق على غير ذلك . ويستحق المحامي أتعابه إذ أنهى الموكل الوكالة دون مسوغ قبل إتمام المهمة الموكلة إليه " .

وللمحامي الذي صدر قرار بتقدير أتعابه أو عقد صلح مصدق عليه من مجلس النقابة الفرعية^(١) أو من المحكمة أن يحصل على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده قرار التقدير أو عقد الصلح أو الحكم " .

٣٣٠ - كيفية تقدير أتعاب المحامي :

الأصل أن للموكل والمحامي الحق في الاتفاق على كل ما يتعلق بأتعاب المحامي ، سواء فيما يتعلق بمقدارها أو وقت أدائها أو الكيفية التي يتم

(١) قضى بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ وبسقوط كل من فقرتها الثالثة والمادة (٨٥) من هذا القانون والفقرة الأولى من المادة (٨٤) هي التي تنص على اختصاص اللجنة التي يشكلها مجلس النقابة الفرعية بنظر الطلب المقدم من المحامي لتحديد أتعابه في حالة عدم الاتفاق عليها كتابة ، وذلك بتاريخ ١٩٩٩/٦/٥ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٢٤ في ١٩٩٩/٦/١٧ (الحكم منشور بيند ٣٣١).

بها سداها . وقد يتم الاتفاق على هذه النقاط قبل الانتهاء من العمل أو في لحظة التعاقد ، وقد يتم بعد الانتهاء من العمل المطلوب ^(١) .
ومن ثم فإن ما يتم الاتفاق عليه كتابة بين الطرفين يكون ملزما لهما ^(٢) .
غير أن هناك حظر على اتفاق الموكل والوكيل في هذا الشأن نصت عليه المادة ٤٧٢ مدني بقولها لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا " .
كما نصت الفقرة الرابعة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه : " وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامي مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها " - ومقتضى ما تقدم أنه لا يجوز للمحامي أن يتفق مع صاحب الحق على أن يكون أجره حصة عينية من الحق أو نسبة معينة من الحق إذا ثبت بحكم القضاء .

(١) الدكتور محمد عبد الظاهر حسين المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل ١٩٩٣ ص ١٩٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ١١٠ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يدل على أن مجلس النقابة الفرعية يختص بتقدير أتعاب المحامي في حالة عدم الاتفاق عليها كتابة، وبالتالي فلا يعتد في هذا الشأن بوجود اتفاق شفهي على تقدير الأتعاب مما يجوز إثباته بغير الكتابة " .

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٧)

والحكمة من هذا الحظر هي أن المحامي يكون عادة أدرى من صاحب الحق بمدى قوة حقه ، وهو في سبيل مصلحته الشخصية قد يوهم صاحب الحق أن مركزه ضعيف مما يجعل صاحب الحق يقبل أن يكون أجر المحامي جزءا من الحق ذاته ، فحتى يحمى القانون المحامي من نفسه ، ويحمي أصحاب الحقوق من انحراف بعض المحامين ، ويحيط العدالة وكل القائمين بها بما هو واجب من الاحترام، وضع هذا الحظر^(١).

(١) وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وإن كانت المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٧ تقضى بأنه لا يجوز للمحامي أن يتفق على أجر ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها وبصفة عامة لا يجوز له أن يعقد اتفاقا من شأنه أن يجعل له مصلحة في الدعوى وأن كل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا إلا أن السبطلان في هذه الحالة إنما ينصرف إلى تحديد قيمة الأتعاب المتفق عليها ولا يترتب عليه حرمان المحامي من حقه في الأتعاب مادام قد قام بالعمل الموكل فيه وإنسما يكون على القاضي أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامي وفقا لما يستصوبه مراعى في ذلك الجهد الذى بذله وأهميته في الدعوى وثروة الموكل ومن ثم فإذا قضت محكمة الاستئناف برفض الدعوى المرفوعة من المحامي بطلب أتعابه استنادا إلى بطلان الاتفاق الحاصل بينه وبين موكله على تقدير الأتعاب ولم تعمل سلطتها في تقدير ما يستحقه مقابل العمل الذى وكل في أدائه وقام به فعلا فإن حكمها يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠)

كما قضت محكمة النقض بأن :

" تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا . فإذا كان الثابت من عقد

ويسرى هذا الحظر على الاتفاق على تقاضى المحامى نسبة معينة من قيمة المطلوب فى الدعوى .
وهذا الاتفاق إن تم كان باطلا ، ولكن لا يترتب عليه حرمان المحامى من الأتعاب ، وإنما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامى .

= البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته ولما طبعها على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت أنهما كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن الأول. فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشتريين مستعارا من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفعا وقضى بالبطالان دون التثبت من أن المشتريين كانا اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٩)

٢- " لئن كان السجى فى المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على أنه " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا " إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع فى الحق أن يتعامل المحامى فيه مع موكله إن أصبح الحق غير متنازع فيه " .

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٢)

وكانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة تقضى بأن :
"ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين في المائة ولا تقل عن خمسة في المائة
من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير".
فهذا النص يميز أن تكون أتعاب المحامي بنسبة معينة من قيمة الكسب
الذى حققه المحامي ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية
الفقرة فيما قررت من أن لا تقل الأتعاب المستحقة عن ٥٥% من قيمة ما
حققه من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير في حكمها الصادر
بتاريخ ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق " دستورية"
(المنشور بالعدد رقم ٩ (تابع) من الجريدة الرسمية في ١٩٩٤/٣/٣)
(منشور في هامش بند ٣٢٩).

غير أنه يجوز الاتفاق على أتعاب أكبر في حالة كسب الدعوى
وأتعاب أقل في حالة خسارتها ، فيجوز جعل حد أعلى وحد أدنى
للأتعاب ، ويتفاوت المقدار الواجب دفعه بين الحدين بحسب نتيجة
الدعوى^(١).

ويجوز الاتفاق على تقاضى المحامي الأتعاب المتفق عليها في حالة
كسب الدعوى فقط بل يجوز الاتفاق على أن يلتزم المحامي بمصاريف
الدعوى في حالة الخسارة ، أو في حالة الصلح .
ويجوز تعجيل جزء من الأتعاب وإرجاء باقيها إلى ما بعد الحكم في
الدعوى .

(١) السنهاورى ص ٦٨٧ هامش (١) .

٢٢١- الاتفاق شفاهة على الأتعاب :

إذا اتفق الطرفان على أتعاب المحامي كتابة ، فإن الاتفاق الكتابي يكون سنداً للمحامي للمطالبة بحقه أمام القضاء، سواء بطريق استصدار أمر بالأداء إذا توافرت شروطه أو عن طريق الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا .

. أما إذا كان الاتفاق بين الطرفين على أتعاب المحامي شفاهة . وحدث خلاف بين المحامي وموكله بشأن هذه الأتعاب فقد رسمت المادة ٨٤ من قانون المحاماة طريقاً يتعين على المحامي اتباعه ، وهو التقدم بطلب إلى النقابة الفرعية التي يتبعها بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره .

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامي وموكله ، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما ، فصلت في موضوع الطلب خلال ستين يوماً على الأكثر بقرار مسبب ، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة .

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضي الأمور الوقتية المختص وذلك بغفر رسوم .

ونظمت المادة ٨٥ من القانون طريق الطعن في قرار التقدير الذي يصدر من اللجنة .

وهذه اللجنة إدارية ذات اختصاص قضائي .

ومن ثم كان يتعقد الاختصاص النوعي لهذه اللجنة في الفصل في طلب تقدير الأتعاب . فإذا لجأ المحامي إلى المحكمة مباشرة قضت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ^(١) .

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ ٥ يونية سنة ١٩٩٩ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية " دستورية " بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) من قانون المحاماة الصادر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، وبسقوط كل من فقرتها الثالثة والمادة (٨٥) من هذا القانون ، وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٧/٦/١٩٩٩ العدد (٢٤) ^(٢) وبالتالي أصبحت المحاكم هي المختصة بتقدير أتعاب المحامي .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ناطت المادة ٤٦ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بالمحاماة أمام المحاكم بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامي إذا اختلف عليها مع الموكل ولم يكن بينهما اتفاق مكتوب بشأنها . وقد جاء نص هذه المادة عاما لا يفرق بين عام مشغول وآخر غير مشغول بل إنها جعلت المناط في قبول الطلب أن يكون متعلقا بأتعاب عام عن عمل من أعمال المحاماة ، وعلى ذلك يكون شرط الاشتغال بالمحاماة منوطا بوقت أداء العمل الذي يطلب تقدير الأتعاب عنه لا بوقت طلب التقدير " .

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٢- " النص في المادة ١١٠ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يدل على أن مجلس النقابة الفرعية يختص بتقدير أتعاب المحامي في حالة عدم الاتفاق عليها كتابة ، وبالتالي فلا يعتد في هذا الشأن بوجود اتفاق شفهي على تقدير الأتعاب مما يجوز إثباته بغير الكتابة " .

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٧)

(١) ونشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يأتي :

باسم الشعب
المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٥ يونية سنة ١٩٩٩ م الموافق ٢٠ صفر
سنة ١٤٢٠ هـ .

برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال..... رئيس المحكمة.
وعضوية السادة المستشارين : فاروق عبد الرحيم غنيم وحمدي محمد على
وعبد الرحمن نصر وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض
وماهر البحيري .

وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق ... رئيس هيئة المفوضين.
وحضور السيد/ حمدي أنور صابر أمين السر .

أصدرت الحكم الآتى

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٥٣ لسنة ١٩
قضائية "دستورية" .

المقامة من :

السيدة / عزة عبد الحافظ مصطفى .

ضد

أولاً : ورثة المرحوم صلاح الدين محمود الدهرى ، وهم :

١- محمد صلاح الدين محمود الدهرى .

٢- علاء الدين صلاح الدين محمود الدهرى .

٣- هبة صلاح الدين محمود الدهرى .

٤- أميرة على هلالى .

ثانياً : السيد / وزير العدل .

ثالثاً : السيد / رئيس مجلس الشعب .

رابعاً : السيد/ نقيب المحامين.

الإجراءات :

بتاريخ ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ ، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم
كستاب المحكمة ، طالبة الحكم بعدم دستورية نص المادتين (٨٤ ، ٨٥) من
قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت في ختامها الحكم برفض الدعوى .
وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .
ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار
الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .
حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق -
تتحصل في أن المرحوم/ صلاح الدين محمود الدهرى المحامى كان قد تقدم
بالمطلب رقم ١٠٦ لسنة ١٩٩٥ إلى نقابة المحامين الفرعية بالجيزة ، لتقدير
أتعابه بمبلغ خمسين ألف جنيه عن القضايا التى باشر الدفاع فيها عن المدعية ،
وبتاريخ ١٥/١٠/١٩٩٦ أصدرت اللجنة المختصة بالنقابة قراراً بتقدير أتعابه
بمبلغ اثنين وعشرين ألف جنيه ، وإذ لم ترض المدعية هذا القرار فقد أقامت -
والمدعى عليهم الأربع الأول بصفتهم ورثة المحامى - الاستئناف
رقم ١٦٣٠٦ ، ١٦٣٣٣ لسنة ١١٣ قضائية أمام محكمة استئناف
القاهرة طعناً فيه ، وأثناء نظرهما دفعت المدعية بعدم دستورية المادتين (٨٤ ،
٨٥) من قانون المحاماة . وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع ، فقد
صرحت لما بإقامة دعواه الدستورية ، فأقامت الدعوى الماثلة .

وحيث إن المادتين - الطميتين - تنصان على ما يأتى :
مادة ٨٤ - " للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه
في حالة عدم الاتفاق كتابة عليها أن يقدم إلى النقابة التى يتبعها طلباً بما
يحدده من أتعاب ، ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة
الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويحضر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة
نظره .

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله ، فإذا لم يقبل الطرفان ما
تعرضه عليهما ، فصلت في موضوع الطلب خلال ستين يوماً على الأكثر
بقرار مسبب ، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة
المختصة .

"وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مسح بمثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم " .

مادة ٨٥ - " لا يجوز الطعن في قرارات التقدير التى تصدرها النقابات الفرعية إلا بطريق الاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان القرار ويرفع الاستئناف للمحكمة الابتدائية التى يقع بدائرتها مكتب المحامى إذا كانت قيمة الطلب خمسمائة جنيه فأقل وإلى محكمة الاستئناف إذا تجاوزت القيمة ذلك.

ولا يكون قرار التقدير نافذاً إلا بعد انتهاء ميعاد الاستئناف أو صدور الحكم فيه وتوضع الصيغة التنفيذية على قرارات التقدير النهائى بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم " .

وحيث إن المدعية تنعى على المادتين الطعنتين مخالفتهم لأحكام المسود (١٦٥،٦٨،٦٥،٤٠،٨) من الدستور تأسيساً على أن أولاهما آثرت المحامى - دون موكله - بالحق فى اللجوء إلى اللجنة المشكلة وفقاً لها ، لإصدار قرار بتقدير الأتعاب عند الخلاف بشأنها ، وجعلت ثانيتهما الاستئناف طريقاً للطعن فى قرارات هذه اللجنة - رغم كونها لجنة نقابية تفتقد العنصر القضائى فى تشكيلها - فحرمت الخصوم - بذلك - من التذاعى فى شأن حقوقهم أمام محكمة أول درجة ، كما قصرت ميعاد الطعن فى هذه القرارات إلى عشرة أيام خلافاً للميعاد المقرر فى قانون المرافعات مما يخل بمبدأ تكافؤ الفرص ومساواة المواطنين فى الحقوق والواجبات ، فضلاً عن أن هاتين المادتين تجعلان المحامى خصماً وحكماً فى آن واحد ، كما أن قانون المحاماة يخلو من تنظيم إجراءات رد أعضاء اللجنة وهم زملاؤه الذين تربطه بهم مصالح مهنية متبادلة ، الأمر الذى يفقد اللجنة ضماناً التجرد والحيادة التى يتحقق بها الفصل فى المنازعة بطريقة منصفة ، ويحرم ذوى الشأن من اللجوء إلى قاضيهما الطبيعى ، وينطوى على اعتداء على استقلال السلطة القضائية وإهدار لمبدأ الخضوع للقانون .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التى قد تلتبس بها إنما يقوم على مجموعة من -

«العناصر لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي ، ومن بينها أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين ، يفترض أن يكون تشكيلها واستقلالها كاشفين عن حياديتها عند الفصل في النزاع ومودبين إلى غيريتها في مواجهة أطرافه ، وأنه في كل حال يتعين أن يثير النزاع المطروح عليها ادعاء قانونيا يلور الحق في الدعوى كرابطة قانونية تستعند الخصومة القضائية من خلالها وبوصفها الوسيلة التي عنها المشرع لاقتضاء الحقوق المدعى بها ، وبمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محددًا بما لا يخل بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرض المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها، ومحميحص ادعاءاتهم ، على ضوء قاعدة قانونية نص المشرع عليها سلفا ، محسدا على ضوئها حقوق كل من المتنازعين في تجرد كامل، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكدا للحقيقة القانونية ميلورا لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها ، لتفرض هذه الحقيقة نفسها- وبافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة - على كل من ألزمه المشرع بها .

وحيث إن البين من قانون المحاماة المشار إليه، أن للمحامي-نص المادة (٨٢) منه- الحق في تقاضي الأتعاب ، وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله - عما يقوم به من أعمال المحاماة ، فضلا عن حقه في استرداد ما أنفقه من مصروفات في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها ، فإذا لم يكن ثمة اتفاق كتابي بينهما على الأتعاب ، واختلفا في تقديرها، فقد رسم القانون أسلوب تحديدها وطريق اقتضاها في المادتين (٨٤ و٨٥) المشار إليهما على النحو المبين فيها .

وحيث إن مودى المادة (٨٤) من قانون المحاماة ، أن اللجنة المشكلة طبقا لها يخلصو تشكيلها من العنصر القضائي ، وأن المشرع لم يقرر لها كيانا ذاتيا مستقلا عن النقابة الفرعية، وأن أعضائها- بحكم موقعهم على القمة من تنظيمهم النقابي - إنما ينظرون المنازعة بشأن تقدير أتعاب المحاماة في كسف تقابستهم ، التي تعنى أساسا بالمصالح المهنية الخاصة لأعضائها ، وأن المشرع لم يكفل لطرح النزاع على هذه اللجنة الضمانات الجوهرية للتقاضى التي ينطوى تحتها حق كل خصم في عرض دعواه وطرح أدلتها-

«والسرد على ما يعارضها على ضوء فرص يتكافؤ أطرافها فيها جميعا ، بل فرض على هذه المنازعة نهجا إجرائيا حائفا فقصر اللجوء إليها على المحامي ، وأوصد بابه على موكله ، فلم يجز له أن يعرض - ابتداء - ظلامته عليها إذا ما اقتضت مصلحته ذلك ، بل عليه أن يتربص الطلب الذي يتقدم به المحامي حين يشاء ، كي يطرح عليها أقواله ، الأمر الذي يخل بالتوازن الذي تفرضه علاقة الوكالة القائمة بينهما ، إجحافا بمصلحة الموكل وترجيحا لمصلحة المحامي عليها ، كما أرقق المشرع الحق في الالتجاء مباشرة إلى المحكمة المختصة في شأن الأتعاب محل الخلاف بما استلزمه من أن تكون اللجنة قد تقاعست عن الفصل في موضوع الطلب - بقرار مسبب - خلال ستين يوما قبل ولوجهما طريق التقاضي ، إذ كان ذلك ، وكانت اللجنة في مباشرتها لعملها للنوط بها لاتبدو مبررة من امتزاجه بالعمل النقابي ، بما يثير الريب حول حيئتها ، ويزعزع ضمانة الاستقلال التي كان ينبغي أن تحيط بأعضائها بما لا تستقيم معه غيرتها في مواجهة أطراف المنازعة ، فإن هذه اللجنة لا تعتبر - إزاء المنازعة التي احتصبها المشرع بالفصل فيها - هيئة ذات اختصاص قضائي ، ومن ثم ، فإن قرارها في هذه المنازعة لا يصدق عليه وصف القرار القضائي ، بما يخرجها - وبالتالي - من مفهوم القاضي الطبيعي .

وحيث إن الدستور بما نص عليه في المادة (٦٨) من أن لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي قد دل - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - على أن هذا الحق في أصل شرعته هو حق للناس كافة يتكافأ فيه مراكزهم القانونية في سعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعا عن مصالحهم الذاتية ، وقد حرص الدستور على ضمان إعمال هذا الحق في محتواه المقرر دستوريا بما لا يجوز معه قصر مباشرته على فئة دون أخرى أو إجازته في حالة بدائتها دون سواها ، أو إرهاقه بعوائق منافية لطبيعته لضمان أن يكون النفاذ إليه حقا لكل من يلوذ به غير مقيد في ذلك إلا بالقيود التي يقتضيها تنظيمه والتي لا يجوز بحال أن تصل في ملأها إلى حد إعناته أو مصادرته ، وإذ كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفل الدستور بنص المادة (٤٠) المساواة بين المواطنين فيها ، فإن حرمان طائفة من هذا الحق مع -

= تحقق مناطه - وهو قيام المنازعة في حق من حقوق أفرادها - إنما ينطوى على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا من هذا الحق .

وحيث إنه إذا كان ماتقدم ، وكان المشرع - بالنص المطعون فيه - قد أوكل إلى اللجنة المشار إليها - على الرغم من أنها ليست هيئة ذات اختصاص قضائي على نحو ما تقدم - الفصل في منازعة من طبيعة قضائية ، واستتب ولاية القضاء فيها من قاضيها الطبيعي ، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الناس جميعاً لا يميزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي ، ولا في نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية ولا في مجال التداعي بشأن الحقوق المدعى بها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها، إذ ينبغي دوماً أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء في مجال اقتضاها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تصدر فيها . حتى كان ذلك وكان الخلاف بين المحامي وموكله حول تقدير الأتعاب إنما يندرج في دائرة الخلاف بين الأصيل والوكيل بأجر عند عدم الاتفاق، على أجر الثاني ، باعتبار أن جميع هذه المنازعات متحدة في جوهرها متماثلة في طبيعتها ، فإن أفراد الخلاف بشأن تحديد أتعاب المحامي بنظام إجرائي خاص لفضه ينبو عن نظام التداعي بشأن تحديد أجر الوكيل - دون أن يستند ذلك إلى مبرر منطقي لهذه المغايرة - يصم هذا التنظيم التشريعي الخاص بمخالفة الدستور .

وحيث إنه لما كان ما تقدم ، فإن نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) يكون قد مايز - في مجال ممارسة حق التقاضي - بين المواطنين المكافئة مراكزهم القانونية ، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية، بما يمثل إخلالاً بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ، وتوقيفاً لحق التقاضي واعتداء على استقلال السلطة القضائية ، مخالفاً بذلك أحكام المواد (١٦٧، ١٦٥، ١٦٨، ٤٠) من الدستور .

وحيث إن القضاء يعلم دستورية الفقرتين المشار إليهما يودى - بحكم اللزوم العقلي- إلى سقوط الفقرة الثالثة من المادة (٨٤) ، والمادة (٨٥) برمتها ، وذلك لارتباطهما بالفقرتين الأولىين ارتباطاً لا يقبل التجزئة بحيث تكون -

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيمابطبقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات.

٣٣٢- العوامل التي تراعى في تقدير أتعاب المحامي :

ينص صدر الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن " ويدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامي".

وقد رأينا أن المحكمة الدستورية العليا قضت في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/٢/١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة سالفة الذكر من الاعتداد بملاءة الموكبل كأحد العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب محاميه .

جميعها كلاً واحداً لا يتجزأ ، مما لا يتصور معه أن تقوم لهذه النصوص قائمة بغيرها أو إمكان إعمال أحكامها في غيبتها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، ويسقط كل من فقرتها الثالثة ، والمادة (٨٥) من هذا القانون ، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر رئيس المحكمة

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/٢/١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق " دستورية " الغالية العظمى من العوامل التي يجب مراعاتها عند تقدير أتعاب المحامي وهي :

- ١- حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي وكان لازما لإنجاز الأعمال التي وكل فيها .
- ٢- جدة المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها .
- ٣- ما اقتضاه تنفيذ المسائل التي وكل فيها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية .
- ٤- ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى.
- ٥- الأجر المقرر عرفا مقابل ما معقولا لها .
- ٦- القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على المحامي لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التي أملت لها ظروفها .
- ٧- النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها .
- ٨- مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة .
- ٩- طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها في الزمان.
- ١٠- الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في الدعاوى المماثلة .
- ١١- ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملاساتها .

إذ جرى قضاؤها على أن :

"وحيث إن الأصل المقرر قانونا أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي تنفيذا لعقد الوكالة مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها ، ذلك أن الوكالة من عقود القانون الخاص التي تتوازن المصالح فيها ، ولا تميل الحقوق الناشئة عنها في اتجاه أحد طرفيها ، ويتعين بالتالي أن يكون تقدير أجر المحامي عن الأعمال التي قام بها - في إطار عقد الوكالة وتنفيذا لمقتضاها - معقولا ، فلا يكون أجر الوكيل عنها مبالغا فيه مرهقا الموكل في غير مقتض وإلا كان تقديره تحكما يجاوز الأسس الموضوعية التي يتعين أن يتحدد على ضوءها توصلا إلى تقديره دون زيادة أو نقصان، وبعيدا عن شبهة المبالاة . أو التحمل . ولازم ذلك أن يكون أجر المحامي متناسبا مع الأعمال التي أداها، وأن يقدر بمراعاة أهميتها ، وعلى ضوء مختلف الظروف ذات العلاقة المحلية بها ويندرج تحتها بوجه خاص القيمة الفنية لهذه الأعمال ، والجهد الذي بذله المحامي في إنجازها عمقا وزمنا ، والعوارض الاستثنائية التي قد واجهته في تنفيذها ، وصعوبة أو تعقد الأعمال التي أداها ومظاهر تشعبها ، والنتائج التي حققها من خلالها، وما عاد على الوكيل منها من فائدة . ومن ثم تكون حقيقة الأعمال التي قام بها المحامي هي ذاتها مناطا لتحديد أجره ، ويتعين بوجه عام أن يكون مرد الاعتداد بها عائدا إلى العناصر الواقعية المختلفة التي يتحدد بها نطاقها ووزنها ، وبما لا إخلال فيه بالظروف الموضوعية المتصلة بها . ودون ذلك ، فإن تقدير أجر المحامي يكون منطويا على عدوان على الحقوق المالية للموكل ، وهي حقوق حرص الدستور على صونها ، ومن ثم كان ضروريا أن يقدر أجر المحامي بمراعاة كل العوامل التي تعين على تحديده تحديدا منصفا ، وهي بعد

عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها ، وإن جاز أن يكون من بينها : أولاً : حقيقة الجهد والزمن الذى بذله المحامى وكان لازماً لإنجاز الأعمال التى وكل فيها ، ثانياً : جودة المسائل التى قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها . ثالثاً : ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية . رابعاً : ما إذا كان تنفيذ الأعمال التى عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى . خامساً : الأجر المقرر عرفاً مقابل معقولاً لها . سادساً : القيود الزمنية التى يكون الموكل قد فرضها على المحامى لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التى أملت لها ظروفها . سابعاً : النتائج التى يكون محاميه قد بلغها فى شأن المبالغ التى يتردد النزاع حولها . ثامناً : مكانة المحامى ومقدرته وشهرته العامة . تاسعاً : طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها فى الزمان . عاشراً : الأتعاب التى تقررت لغيره من المحامين فى الدعاوى المماثلة . حادى عشر : ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التى وكل فيها بالنظر إلى ملاساتها .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكانت العوامل الموضوعية وحدها هى التى يعتد بها فى تقدير أتعاب المحامى باعتبارها مرتبطة بطبيعة الأعمال التى أداها ومبلغ أهميتها ومصلتها النهائية وغير ذلك من الظروف ذات العلاقة المحيطة بها وثيقة الاتصال بالتالى بقيمة هذه الأعمال منظورها فى ذلك إلى عناصرها الواقعية والجهد الذى لازمها وكان يلزم عقلاً أن يبدل فيها . وجب استبعاد ما عداها مما لا يندرج تحتها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " لا يبدل نص المادة ١١٤ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ على أن الفائدة التي يحققها المحامي لموكله تقدر بقيمة العمل موضوع طلب التقدير كله ، وإنما تقدر الأتعاب على أساس ما بذله المحامي من عمل يتفق وصحيح القانون وما اقتضاه هذا العمل من جهد يعتبر لازماً للوصول إلى الفائدة التي حققها لموكله وذلك كله مع مراعاة أهمية الدعوى وقيمة تلك الفائدة التي تحققت للموكل فيها على ألا تزيد الأتعاب على عشرين في المائة من قيمة تلك الفائدة ولا تقل عن خمسة في المائة منها " .

(ب) - " تقدير الفائدة التي حققها المحامي لموكله مما تستقل محكمة الموضوع باستخلاصه من الوقائع دون أن يعيب حكمها أنها لم تشر لنصوص قانون المحاماة طالما أن قضاها يتفق والتطبيق الصحيح لهذا القانون " .

(طعن رقم ١٣٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٢٢)

٢- " تنص المادة ١١٤ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المحاماة على أن " يدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها " وبيان هذه الأمور يكون من العناصر الجوهرية التي يجب على الحكم استظهارها عند القضاء بالأتعاب، وإذا يبين من الحكم المطعون فيه أنه رغم إحالته على أسباب قرار مجلس النقابة، لم يبين الأعمال التي قام بها الطاعن - المحامي - وأهميتها وما بذله من جهد والنتيجة التي حققها فإنه يكون معيياً بالقصور في التسيب " .

(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٨)

٣٣٣- استحقاق المحامي الأتعاب ولو كان غير مقيد أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى :

يستحق المحامي الأتعاب المتفق عليها ولو كان غير مقيد أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى ، ذلك أن المحامي له أن يستعين بمحاميين آخرين لإنهاء العمل الذي كلف به .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"... كما أيد الحكم المطعون فيه قرار النقابة في تقديره لأتعاب المطعون عليه عن القضايا التي باشرها على أن الطاعن لم يجادل في أن المطعون عليه قد باشر تلك الأعمال القضائية بتكليف منه حسبما هو واضح من المذكرات ومن محاضر الجلسات ولايجوز دون ذلك أن بعض القضايا لايجوز للمطعون عليه الحضور فيها لعدم قيده أمام محاكم الاستئناف لأن للمحامي أن يستعين بمحاميين آخرين لإنهاء العمل الذي كلف به " .

(طعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٨/٥/١٩٧٨)

إلا أنه يجب أنه يكون هناك عقد وكالة بين المحامي والموكل ، وأن يستمر هذا العقد وقت قيام العمل الموكل إليه .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مقتضى نص المواد ٤٦، ٤٧، ٥٠، ٥١ من القانون ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن الحماية أمام المحاكم أنه لايجوز للمحامي أن يطالب خصما بمقابل أتعابه على أساس هذا القانون إلا إذا كانت تربطه به صلة الوكالة".

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٢/٢/١٩٦٨)

٢- " ناطت المادة ٤٦ من القانون رقم ١٩٦ لسنة ١٩٥٧ بالمحاماة أمام المحاكم بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامى إذا اختلف عليها مع الموكل ولم يكن بينهما اتفاق مكتوب بشأنها . وقد جاء نص هذه المادة عاما لا يفرق بين محام مشغول وآخر غير مشغول بل إنشائها جعلت المناط فى قبول الطلب أن يكون متعلقا بأتعاب محام عن عمل من أعمال المحاماة ، وعلى ذلك يكون شرط الاشتغال بالمحاماة منوطا بوقت أداء العمل الذى يطلب تقدير الأتعاب عنه لابقوت طلب التقدير " .
(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٣٣٤- استحقاق المحامى الأتعاب ولو جوزى بالمنع من مزاوله المهنة:

إذ جوزى المحامى بالمنع من مزاوله المهنة لارتكاب مخالفة من المخالفات المنصوص عليها بالمادة ٩٨ من قانون المحاماة ١٧ لسنة ١٩٨٣ . فإنه يترتب على ذلك نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشغلين ولا يجوز له فتح مكتبه طوال مدة المنع . ومع ذلك يبقى عاضعا لأحكام القانون . وإذا زاول المحامى مهنته فى فترة المنع يعاقب تأديبيا بمحو اسمه نهائيا من الجدول (١٠٠م) . ومودى ما تقدم أن المشرع لم يرد أن ينزع عن المحامى الذى يجازى بالمنع من مزاوله المهنة صفته كمحام ، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه لا يطل عمله، وإنما يعرضه للمحاكمة التأديبية . ومن ثم يستحق المحامى الأتعاب المتفق عليها طالما قام بأداء واجبه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص الفقرة الرابعة من المادة ٢٢ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الخاص بالحماية ، والذي كان ساريا وقت نظر الاستئناف أن الجزاء الذى رتبته القانون على من زاول أعمال مهنة الحماية رغم استبعاد اسمه من جدول المحامين هو إحالته على مجلس التأديب لتوقيع الجزاء الذى فرضه القانون لهذه المخالفة وأن هذا الاستبعاد يزول بمجرد سداد الاشتراك المتأخر ومودى ذلك أن المشرع لم يرد أن ينزع عن المحامى الذى لم يقم بسداد الاشتراك فى الميعاد صفته كمحام ، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه لا يبطئ عمله، وإنما يعرضه للمحاكمة التأديبية ، وذلك أيضا هو ما ذهب إليه قانون الحماية الجديد رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الذى جعل العقوبات التأديبية بالمادة ١٤٢ تندرج من الإنذار إلى اللوم إلى المنع من مزاولة المهنة ، ثم إلى محو الاسم نهائيا من الجدول وصرح فى المادة ١٤٤ بأن منع المحامى من مزاولة مهنة يترتب عليه نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشتغلين ومنعه من فتح مكتبه ، كما أنه وإن نص فى المادة ١٦٧ على أن تخلف المحامى عن أداء الاشتراك رغم إعذاره يجعل اسمه مستبعدا من الجدول بقوة القانون ، إلا أنه رتب على الوفاء بالاشتراك المذكور إعادة الاسم إلى الجدول بغير إجراءات مع احتساب مدة الاستبعاد فى الأقدمية والمعاش. وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المحامى الذى وقع صحيفة الاستئناف كان مقيدا أمام محاكم الاستئناف حتى سنة ١٩٦٧ ، واستبعد اسمه من الجدول فى الفترة التى وقع فيها علي صحيفة الاستئناف بسبب تأخره عن سداد اشتراك

السنابة وكان الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلان هذه الصحيفة استنادا إلى أن اسم المحامي الذى وقعها مستبعد من الجدول فخط بذلك بين زوال صفة المحامي عنه وبين استبعاد اسمه من الجدول بصفة مؤقتة ، مما لا ينزع عنه صفته كمحام ، فإنه يكون قد خالف القانون .

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٤)

٣٣٥ - تعديل القاضى لأتعاب المحامى :

راجع بند (٣٢٤) .

٣٣٦ - عدم جواز تعديل الأتعاب المدفوعة طوعا بعد تنفيذ الوكالة :

راجع بند (٣٢٥) .

٣٣٧ - ضمان خاص لأتعاب المحامين :

تنص المادة ٨٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن :

" لأتعاب المحامين وما يلحق بها من مصروفات امتياز يلى مباشرة حق الخزانة العامة على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامى أو الحكم فى الدعوى موضوع الوكالة وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها " .

فالامتياز يرد على ما آل إلى الموكل نتيجة إما عمل المحامى أو الحكم فى الدعوى موضوع الوكالة ، وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها . سواء كان ما آل إلى الموكل منقولا أو عقارا فهو حق امتياز خاص يرد على العقار والمنقول .

وتأتى مرتبة هذا الامتياز بعد امتياز المصروفات القضائية التى أنفقت فى حفظ أموال المدين وبيعها (مادة ١١٣٩ مدق) وامتياز المبالغ المستحقة

للخزانة العامة من ضرائب ورسوم والحقوق الأخرى المذكورة في المادة ١١٣٩ مدني. ولكنه يتقدم على سائر حقوق الامتياز الأخرى المنصوص عليها في المواد التالية .

ويتقدم المحامي بأتعابه على سائر الدائنين ، ولو كان لهم حق عيني على هذا العقار كامتياز أو رهن أو اختصاص ما لم يكن هذا الحق العيني مقيدا قبل أن يرفع المحامي دعواه بالتعاب^(١).

٣٣٨- سقوط التعاب بالتقادم :

تنص المادة ٨٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن :
" يسقط حق المحامي في مطالبة موكله أو ورثته بالتعاب عند عدم وجود اتفاق كتابي بشأنها بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوكالة أو من تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال . وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه " .

وهذه المادة تطبيق للقواعد العامة المقررة في التقادم المسقط المنصوص عليها بالمادة ٣٧٦ مدني التي تجرى على أن : " تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وكلاء التفليسة والسماسة والأساتذة والعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبلوه من مصروفات " .

(١) السنهاورى ص ٧٠٤ .

كما تنص المادة ٣٧٩ مدني أن : " ١ - يبدأ سريان التقادم في الحقوق المذكورة في المادتين ٣٧٦ ، ٣٧٨ من الوقت الذي يتم فيه الدائون تقدماتهم ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى .

٢ - وإذ حرر سند بحق عن هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة " .

فوجب التمييز بين فرضين :

الفرض الأول :

ألا يكون بيد المحامي سند مكتوب بأتعابه :

وفي هذا الفرض يسقط حق المحامي في مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب من تاريخ انتهاء الوكالة أى تمام العمل الموكول إلى المحامي القيام به . على تقرير أن حقه في الأتعاب يصبح مستحق الأداء من هذا الوقت .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٥١ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ - الذى يحكم واقعة الدعوى على أن يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في التقادم المسقط ، والمنصوص عليها في المواد ٣٧٦ ، ٣٧٩ ، ٣٨١ من التقنين المدنى . وعلى ذلك فإن مدة التقادم المنصوص عليها في هذه المادة تسرى من الوقت الذى يتم فيه المحامي العمل المنوط به بمقتضى التوكيل الصادر إليه على تقدير أن حقه في الأتعاب يصبح مستحق الأداء من هذا الوقت " .

(طعن رقم ١٧١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢)

أما إذا كان الموكل قد توفى فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ وفاته . وإذا كان العميل قد وكل المحامي لمباشرة نزاع معين فيجب اعتبار كل ما يتعلق بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كالا لايقبل التحزئة ولا تبدأ مدة التقادم إلا من تاريخ انقضاء التوكيل بالنسبة لهذا النزاع أو من تاريخ الفصل في أوجه النزاع .

أما إذا تبين أن الموكل قد وكل المحامي في جميع المنازعات الخاصة به بلا استثناء وأنهما اعتادا تسوية الحساب بينهما في فترات متباعدة مع بقاء الحساب جاريا بينهما ففي هذه الحالة لا يبدأ التقادم في السريان إلا من تاريخ انقضاء التوكيل^(١).

ويسرى هذا التقادم على الأتعاب المستحقة للمحامي في نزاع قضائي اضطلع المحامي بالدفاع فيه أمام القضاء ، وعلى سائر الأتعاب التي يستحقها عن أى عمل قام به لصالح الموكل ولم يطرح أمره أمام القضاء ، كأن يكلف بقسمة شركة انتهت وديا بعقد حرره^(٢) . ولا تسرى مدة سقوط الأتعاب بالتقادم في حالة وقف الدعوى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامي في الدعوى لم ينته بقرار الإيقاف ، بل إنه كان لا يزال مكلفا بمباشرة الدعوى إذا قدمت من بعد

(١) المستشار محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط الطبعة الثانية ١٩٦٦

ص ٥٦٦ وما بعدها .

(٢) السهنورى ص ٧٠٤ - محمد على عرفه ص ٤٤٦ .

للمحكمة لسبب ما ، ومن ثم لا يوجب لسريان مدة سقوط الحق في
الأتعاب ، فهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها لحاصل الواقع
في الدعوى مما لا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٢/٢٨)

وينقطع التقادم بما يأتي :

١- إقرار المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً (م ١/٣٨٤ مدني).

٢- المطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة
(م ٣٨٣ مدني) .

٣- المطالبة بالأتعاب بكتاب موصى عليه . وهذا الإجراء نص عليه
في المادة ٢٨٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ استثناء من
القواعد العامة .

الفرض الثاني :

إذا كان بيد المحامي سند بالأتعاب ، أى اتفاق مكتوب بمقتدار الأتعاب أو
حكم أو عقد صلح مصدق عليه من المحكمة ، فإن حق المحامي يسقط
بمضي خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأتعاب أو صدور الحكم أو
عقد الصلح . وهذا ما يتفق مع الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ مدني التي
تنص علي أن : " إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا
بانقضاء خمس عشرة سنة " .

موضوع رقم (٣٠)

(الالتزام الثانى)

(رد المصروفات)

٣٣٩- النص القانونى :

المادة (٧١٠) مدنى :

" على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة . فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإلتفاق منها فى شئون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك " .

التزام الموكل برد ما بذله الوكيل من نفقات :

٣٤٠- المقصود بالنفقات :

يقصد بالنفقات التى يلتزم الموكل بردها إلى الوكيل ، النفقات اللازمة لتنفيذ الوكالة ، فإذا كانت الوكالة فى شراء عقار أو منقول ، كان ثمن الشراء من النفقات التى يلتزم بها الموكل ، وكذا مصاريف إدارة المصنع أو المتجر الذى عهد الموكل إلى الوكيل إدارته .

وكذا النفقات التى يبذلها الوكيل من ماله الخاص كمصاريف سفر طويل أو أتعاب خبير .

وهذه النفقات قد يتفق صراحة بين الموكل والوكيل على أن يؤديها الأول للثانى . وقد يكون هناك اتفاق ضمنى على التزام الوكيل بها

يستخلص هذا الاتفاق من الظروف ، كأن تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدما ما ينفق منه على شئون الوكالة ، كالحامى يتقاضى من موكله مقدما الرسوم القضائية الواجب دفعها ، وكأن يوكل الوكيل فى شراء منزل فيكون له أن يتقاضى الثمن أو فى شراء أسهم وسندات فيكون له أن يتقاضى قيمتها .

ويدخل فى هذه النفقات ما يكون الوكيل قد التزم به شخصيا نحو الغير فى سبيل تنفيذ الوكالة ، إما لأن التنفيذ استوجب منه ذلك ، وإما لأنه يعمل مسخرا باسمه الشخصى وحساب الموكل كما سنرى ^(١).

وكان المشروع التمهيدي للمادة ٧١٠ يتضمن فقرة ثانية فى هذا المعنى تجرى على ما يأتى :

" ويلتزم الموكل إلى جانب ذلك ، أن يبرى ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذًا للوكالة تنفيذًا معتادا " ، إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها ^(٢).

(١) السهوى ص ٢١٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" توجب المادة ٥٢٨ من القانون المدنى القديم على الموكل أن يودى "المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانونا أيا كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه " . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد كيف العلاقة بين الطرفين فى خصوص ثمن المهمات التى تعهدت الشركة الطاعنة بتوريدها إلى مصلحة السكك الحديدية (المطعون عليها) من الشركات الإنجليزية ، بأنسها علاقة وكيل بموكله وكان الطرفان قد اتفقا على تعديل طريقة الوفاء بالثمن إلى العملة المصرية بدلا من الفرنك البلجيكي فإنه يتعين أن يحدد الثمن بالفرنك البلجيكي مقوما بالعملة المصرية على أساس السعر الفعلى لها وقت حصول ذلك الاتفاق . وقد كان الحكم المطعون فيه قد انحرف عن هذا -

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدما ما ينفق منه على شئون الوكالة ، كالحامى الذى يتقاضى من موكله مقدما الرسوم القضائية الواجب دفعها" .

ويقع على عاتق الوكيل إثبات هذه النفقات ، وهو فى الغالب يثبت ذلك بالمستندات التى يحصل عليها ، كما أن له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأن الإثبات ينصب على واقعة مادية .

٢٤١- النفقات المقصودة هي النفقات المعتادة :

تنص المادة ٧١٠ على أن : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ... إلخ " - وقد يحمل النص على اللبس إذ قد يفهم منه وجوب رد النفقات مادام التنفيذ معتادا ولو كانت النفقات غير معتادة . ولكن قصد الشرع واضح فى تقدير أن الموكل لايلزم إلا بالنفقات المعتادة أى المعقولة ، التى يبررها العرف والمسلك المعقول تبعا لطبيعة العمل . وإذا كان هذا الحكم طبيعيا فى الوكالة التفضيلية فإن إرادة الطرفين أو العرف قد يقضيان فى الوكالة المأجورة بمخالفته ويتحمل الوكيل نفقات التنفيذ فى نظير ما يتقاضاه من أجر ^(١).

= النظر واعتبر أن الشئمن يتحدد بعدد الجنيھات الاسٲرلينية التى تقاضھها الشركات الإنجلیزیة من الشركة الطاعنة دون نظر إلى ما تحملته الأخيرة فعلا فى سبیل الحصول على تلك الجنيھات فإنه یكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ١٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥)

(١) أکثم الخولى ص ٢٣٥ - محمد على عرفه ص ٤٠٠ .

وبالترتيب على ذلك يحق للموكل أن يطالب بتخفيض النفقات التي أنفقها الوكيل إذا كانت زائدة على حاجة العمل الذي قام به ، وأنه كان في وسعه أن يؤدي عمله بنفقات أقل من تلك التي أنفقها .

وإذا أثبت الموكل تقصير الوكيل في الوكالة أو إهماله في تحرى مواطن الإنفاق ، كما إذا وكل شخصا بشراء كمية من القطن دون تحديد رتبته فاشتراها من أعلا رتبة ، وأنفق في هذا السبيل نفقات باهظة ، فلا يكون على الموكل في مثل هذه الحالة أن يرد إليه إلا ما يعادل ثمن الكمية التي اشتراها من رتبة متوسطة ، إذا كان حتما على الوكيل أن ينفذ الوكالة على هذا النحو ، طالما أنه قد ترك إليه أمر تحديد الرتبة ، وكان في إمكانه أن يفتح بتقديم قطن من الرتبة المتوسطة لسابق علمه بالبائع على طلبه . ومن هذا القبيل أن يرفع الوكيل دعاوى على الغير دون التحقق من استنادها إلى أساس من القانون^(١).

ويشترط أن تكون النفقات التي يطالب بها الوكيل مشروعة، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجوز له استردادها .

وكانت المادة ٦٤٩/٥٢٨ من التقنين القديم تنص على هذا الشرط صراحة إذ تقضى بأن على الموكل : " أن يؤدي المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانونا " . غير أن التقنين الجديد لم يورد نصا مماثلا تأسيسا على أن حكمها واضح لا يحتاج إلى نص .

ولم يعلق المشرع حق الوكيل في استرداد هذه النفقات على نتيجة سعية في تنفيذ الوكالة ، مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة ، فإن من حقه أن يسترد سائر ما أنفقه في هذا السبيل .

(١) محمد على عرقه ص ٤٠ وهامش (٣) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويسترد الوكيل النفقات سواء نجح فى مهمته أو لم ينجح " (١).
ويختلف الوكيل عن الفضولى فى استرداد المصروفات ، فالفضولى لا يسترد إلا النفقات الضرورية والنافعة (م ١٩٥ مدنى) . والسبب فى هذه التفرقة أن الفضولى يقحم نفسه فى شئون الغير دون أن يطلب إليه ذلك . أما الوكيل فإنه يئذل خدماته للموكل بناء على طلبه ، فيجب أن يرد إليه ما أنفق بغض النظر عن إفادته من سعيه .

٢٤٢- جواز الاتفاق على خلاف حكم المادة :

ما تقضى به المادة ٧١٠ مدنى من التزام الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفق فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، مما لا يتعلق بالنظام العام . ومن ثم يجوز اتفاق الطرفين على التزام الوكيل بهذه النفقات أو بقدر منها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل أن يلتزم الموكل بالمصروفات التى يتكبدها الوكيل بالعمولة لإتمام العمل المسند إليه ، إلا أن هذا الشرط ليس من النظام العام ويجوز لطرفى العقد الاتفاق على مخالفته " .

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٩)

٢٤٣- فوائد النفقات التى أنفقها الوكيل :

تنص المادة ٧١٠ فى صدرها على أن : " وعلى الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق .. " .
فالوكيل يستحق فوائد ما أنفق فى تنفيذ الوكالة من وقت الاتفاق .

وهذا الوضع طبيعى وعحقق للعدالة على الوجه الأكمل . فالأصل أن يقدم الموكل البالغ اللازمة لتنفيذ الوكالة فإذا كان الوكيل قد اضطر إلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٢٢ .

الإنفاق من ماله الخاص في هذا السبيل ، فمن الطبيعي ألا يحرم من ماله عبثاً حتى لا يثرى الموكل على حسابه ، ولما كان الوكيل حرم بتقليده هذه المبالغ لمصلحة الموكل من استثمارها في وجه يعود عليه بالنفع الخاص، فمن العدل إذن أن يعوضه الموكل عن نتائج هذا الحرمان بأن يحتسب له فوائد هذه المبالغ من يوم إنفاقها^(١).

وهذه القاعدة تقابل قاعدة سريان الفوائد على الوكيل الذي يستعمل مال الموكل لصالحه من وقت الإنفاق (مادة ٢/٧٠٦ مدني).

وقد سوى التقنين الملتق الجديد بين الوكيل الفضولي، فقضى بأن تحتسب الفوائد لصالح الأخير عن النفقات التي يحق له المطالبة بها من يوم دفعها (مادة ١٩٥ مدني) . ومع أن قياس الفضولي على الوكيل قياس مع فوارق كثيرة ، أبرزها أن الفضولي لا يصح أن يتخذ من إقحامه نفسه في مصالح غيره ذريعة لاستثمار نقوده ، ولو ثبت أن ما أنفقه عاد بالمنفعة على رب العمل .

٢٤٤- تقادم الالتزام ببرد المصروفات :

يسقط الالتزام ببرد المصروفات بالتقادم الطويل أي بمضي خمس عشرة سنة .

وتبدأ هذه المدة من تاريخ استحقاق المصروفات ، وهو تاريخ تقديم الحساب ذلك أن الموكل لا يعلم بما ينفقه الوكيل إلا عن طريق تقديم الحساب ، وليس للوكيل أن يطالبه بما أنفق إلا من هذا التاريخ فلا يسرى التقادم في حقه إذن قبل هذا الوقت ، لأن هذه الفوائد تدرج مع المصروفات في الحساب إذا بقي للموكل رصيد دائن .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٠١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

مفاد نص المادة ٣٧٥ من القانون المدنى أن التقادم الخمسى لا يسرى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة، ومن ثم فلا يسرى على المبالغ التى يؤديها الوكيل لحساب الموكل- تنفيذاً لعقد الوكالة- ويمتنع الأخير عن أدائها له ، وإنما يتقادم حق الوكيل فى مطالبة الموكل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ، ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق مادامت الوكالة قائمة " .

(طعن رقم ١٠١٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤)

موضوع رقم (٣١)

(الالتزام الثالث)

تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر

٢٤٥- النص القانوني :

المادة (٧١١) مدني :

" يكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " .

٢٤٦- شرطا تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر :

تنص المادة ٧١١ مدني على أن : " يكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا " (١) .

(١) ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدني القديم ، ومع ذلك أخذت محكمة النقض بمبدأ التعويض .

فقد قضت بأن :

" إن الشارع المصري إذ أوجب على الموكل في المادة ٥٢٨ مدني - قديم - أن يؤدي المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانونا أيا كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه كان يعني حتما تعويض الوكيل تعويضا كاملا ويرمى إلى تحقيق هذا الغرض الذي لن يتوافر إلا بإحاطة الوكيل بسياج من الضمان يكفل له الحصول على مقابل الضرر الذي يتحملة في شخصه وفي ماله وإن كانت هذه المادة منقولة عن المادة ١٩٩٩ من المجموعة المدنية الفرنسية التي تليها المادة ٢٠٠٠ وفيها نص صريح على أن الموكل عليه تعويض الوكيل عن الخسارة التي يتحملها بغير تقصير منه بسبب قيامه بأعمال الوكالة، إلا أنها في الواقع شاملة لكلتا الحالتين فالمصاريف نوع من الخسائر وخروجها من مال الوكيل من شأنه أن ينقص هذا المال ويلحق به خسارة تعادل النقص الذي حل به . وإذا كان المشرع الفرنسي قد عمد إلى الإسهاب والإيضاح فقد نحا-

ويشترط لاستحقاق الوكيل التعويض عما يصيبه من ضرر توافر
الشروط الآتية :
الشرط الأول :

أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا هو سبب الضرر :
تنص المادة على أن يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر
دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا .

ذلك أنه بصرف النظر عن الأحوال التي يلتزم بها الموكل بالتعويض
تطبيقا للإبراء بلا سبب - كما في المثال الذي أشارت إليه مذكرة
المشروع التمهيدى للتقنين المدنى - والذي سيلي ذكره^(١) - أو لثبوت
خطأ الوكيل الذي ألحق الضرر بالوكيل . فإن المادة لا يمكن أن تفسر إلا
على أنها تنشئ على عاتق الموكل مسئولية أساسها تحمل التبعة مادام
يلزمه بتعويض الوكيل عن مخاطر تنفيذ الوكالة عامة ولو لم ينسب إليه أى
خطأ . لذلك يجب عدم التوسع في هذه المسئولية^(٢) ، فيجب أن يكون
التعويض قاصرا على الضرر الذى يصيب الوكالة تنفيذا معتادا أى أن

«المشرع المصرى فى القانون المدنى القديم منحى طابعه الإيجاز فقرر مبدأ
التعويض وترك الباب مفتوحا أمام القاضى فى مجال التطبيق العملى ليسر بالمبدأ
إلى غايته ويحمل الموكل تبعة تعويض الوكيل مادام هذا الأخير يعمل فى حدود
الوكالة. ومادام الضرر لم يكن ناشئا عن خطئه وتقصيره، وإيراد المشرع المصرى
لهذا المبدأ فى المادة ٧١١ - مدنى جديد- التى تنص على أن الموكل يكون
مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا
معتادا لم يقصد به الاستحداث بل زيادة الإيضاح » .
(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

(١) وهو أن يضحي الوكيل بمصلحة شخصية له حرصا على مصلحة أكبر للموكل.

(٢) أكرم الخولى ص ٢٣٧ - السنهورى ص ٧٢١ .

يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر . فإذا خرج الوكيل في تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد وأصيب من جراء ذلك بضرر لم يكن الموكل مسئولاً عن تعويض هذا الضرر .

وقد ضربت المذكرة الإيضاحية مثلاً على الضرر المباشر هو أن يضحي الوكيل بمصلحة شخصية له حرصاً على مصلحة أكبر للموكل . فقد جاء بها : " وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة بالتنفيذ المعتاد ، ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر ، فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضول (٢٦٩م) من المشروع) . مثال ذلك أن يضحي بمصلحة شخصية له حرصاً على مصلحة أكبر للموكل ^(١) .

ومن صور ذلك أن يكون الوكيل بين أن ينقذ مالا مملوكاً له أو مالا في يده لموكله ، أو كان في وسعه أن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص . أو إذا ضيع على نفسه صفقة في سبيل أن يحقق للموكل ربحاً أكثر مما خسره هو بسبب ضياع الصفقة عليه .

أما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر ، فإن الموكل لا يلتزم بتعويض الوكيل عن هذا الضرر ، ولو كان الضرر وقع بمناسبة هذا التنفيذ ، فإذا وكل محام في قضية تطلبت منه أن يسافر إلى مقر المحكمة فركب قطاراً أو سيارة أو سفينة وفي الطريق وقع اصطدام بالقطار أو بالسيارة أو غرقت السفينة فحرج المحامي أو قتل أو غرق لم يكن الموكل مسئولاً عن التعويض ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) السنهوري ص ٢٢٤ - أكرم الخولي ص ٢٣٧ - محي الدين علم الدين ص ٢٢٥ .

وفي هذا يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى ، إذا استقر القضاء على أن المادة (٢٠٠) من التقنين المدنى الفرنسى المقابلة لنص المادة (٧١٠) تقضى بتعويض الضرر الذى يقع بمناسبة تنفيذ الوكالة .

على أنه يجوز أن يصيب الوكيل ضرر فى جسمه أو فى ماله بسبب قيامه بأعمال الوكالة نفسها ، فيكون الموكل مسئولاً عن التعويض كأن تكون الوكالة بالذات واقعة على استئجار قطار أو سيارة أو سفينة للقيام برحلة مدرسية أو عمالية أو نحو ذلك، فيجرح الوكيل أو يقتل أو يغرق ، فيكون الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة^(١).

ويستوى أن يقع الضرر أثناء تنفيذ الوكالة أو بعد انتهائها .
كما يستوى فى استحقاق التعويض أن يكون الوكيل مأجوراً أو متبرعاً^(٢).

الشرط الثانى :

ألا يقع خطأ فى جانب الوكيل :

تشتط المادة لتحقيق مسئولية الموكل عن الضرر المباشر الذى يلحق بالوكيل ، أثناء تنفيذ الوكالة ، ألا يصدر خطأ من الوكيل ، وقد ورد النص على ذلك صراحة إذ جرت على أن: " يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه " .

(١) السهنورى ص ٧٢٤ .

(٢) محى الدين علم الدين ص ٢٢٥ - السهنورى ص ٧٢٦ - وعكس ذلك أكثم الخولى ص ٢٣٧ إذ يقصر التعويض على الوكالة التفضلية إذ لا يرى معنى لإلزام الموكل بتحمل مخاطر تنفيذ الوكالة المأجورة مع أنها تكون فى الغالب من مخاطر حرفة الوكيل .

فإذا كان الوكيل وهو يجرب آلة سيتعاقد على شرائها لحساب الموكل قد أصيب بواسطة هذه الآلة ، كان على الموكل أن يعرضه عن ذلك ، إذا لم يكن هناك خطأ في جانب الوكيل أدى إلى وقوع الضرر . فإذا كان الوكيل لا يحسن استعمال الآلة ومع ذلك تصدى لتجربتها بنفسه دون أن يعهد بذلك إلى فني مختص فإنه يكون مخطئاً ولا يكون له حق التعويض^(١) . ويجب أن يكون الخطأ الصادر من الوكيل الذى ينفى مسؤولية الموكل عن التعويض ، خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً ، كمسؤولية الوكيل باعتباره حارساً للشئ .

ومثال ذلك أيضاً أن يكون الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة فأصبح مسئولاً قبل من تعامل معه ، أو ارتكب خطأ جعله مسئولاً قبل الغير ، أو ارتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها^(٢) . وبالتالي يكون الموكل مسئولاً عما يحدث للوكيل أثناء تنفيذ الوكالة، سواء بخطئه هو أو خطأ الغير أو قوة قاهرة أو حادث فجائى .

٢٤٧- هل يشترط ألا يكون هناك مصدر آخر للتعويض ؟

ذهب رأى في الفقه إلى أن النص لا ينطبق إلا إذا لم يكن هناك من يلتزم بتعويض الضرر الذى أصاب الوكيل . أما إذا كان هناك من يلتزم بتعويض هذا الضرر ، فلا محل للرجوع على الموكل الذى لم يرتكب أى خطأ .

وسند هذا السرى هو عدم التوسع في تفسير النص سالف الذكر باعتباره ينشئ على عاتق الموكل مسؤولية أساسها تحمل التبعة .

(١) محي الدين علم الدين ص ٢٢٥ .

(٢) السنيهورى ص ٧٢٥ .

بينما ذهب الرأى الغالب - الذى نويده - إلى أن القانون لم يشترط لتحقق مسئولية الموكل ، إلا انتفاء خطأ الوكيل . أما إذا وجد شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذى أصاب الوكيل ، فإن ذلك يجعل هذا الشخص هو الموكل مع مسئولين بالتضامن نحو الوكيل وإذا رجع الوكيل على الموكل بموجب المسئولية العقدية ، جاز أن يرجع الموكل بموجب المسئولية التقصيرية على هذا الشخص المسئول عن الضرر الذى أصاب الوكيل ^(١) .

ولما كان التزام الموكل بالتعويض مصدره عقد الوكالة فإن مسئوليته تسقط بخمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية . وتسرى هذه المدة من وقت وقوع الضرر أو من وقت التصديق على الحساب ^(٢) .

٣٤٨- الإعفاء من المسئولية وتعديلها :

مسئولية الموكل قبل الوكيل مسئولية عقدية ، ومن ثم يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على إعفاء الموكل من المسئولية . إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم (م ١/٢١٧ مدق) .

ويمكن استخلاص الاتفاق على الإعفاء ضمناً من ظروف الوكالة ومن حالة الوكيل ، وبخاصة إذا كان الوكيل بأجر ، وكان الضرر الذى أصابه هو الضرر المألوف الذى يتعرض له بسبب مهنته ^(٣) .

كما يجوز - من باب أولى - الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية .

(١) السنهورى ص ٧٢٦ هامش (٢) - عيى الدين علم الدين ص ٢٢٥ .

(٢) السنهورى ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٣) السنهورى ص ٧٢٧ وهامش (٤) .

موضوع رقم (٣٢)
(ضمانات الوكيل)

٣٤٩- تعداد :

. يتمتع الوكيل - في مواجهة الموكل - بالضمانات التي تقرها له القواعد العامة وهي :

١- حق الحبس .

٢- حق الامتياز .

٣- حق الاختصاص .

وإلى جانب هذه الضمانات المستمدة من القواعد العامة أنشأ القانون ضمنا خاصا للوكيل هو تضامن الموكلين إذا تعددوا (م ٧١٢) . ونعرض لهذا الضمانات فيما يلي .

٢٥٠- أولا حق الحبس :

تنص المادة ٢٤٦ مدق على أن :

" ١- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

وكانت المادة ٩٨٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن:
" للوكيل الحق فى حبس الأشياء التى يملكها الموكل وتكون فى يد الوكيل
بحكم الوكالة ، وذلك ضمانا لتنفيذ الموكل لالتزاماته " - إلا أن هذه
المادة حذفت فى لجنة المراجعة " لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

" وللوكيل ضمانا لاستيفاء حقوقه ، أن يحبس ما وقع فى يده من مال
الموكل بحكم الوكالة ، كضمن ما وكل فى بيعه والحق الذى استوفاه للموكل
من مدينه . وهذا تطبيق ظاهر للمبدأ العام فى الحبس " (١).

وعلى ذلك فإنه طبقا للقواعد العامة . يجوز للوكيل أن يحبس تحت يده
المبالغ والأشياء التى تسلمها تنفيذا للوكالة حتى يستوفى ما يستحق له من
النفقات والأتعاب المقدرة له فى مقابل التنفيذ (٢) .

وإذا وكل شخص فى مباشرة أعمال متعددة لشخص آخر، وكان
توكيله فى كل عمل منها قائما بذاته ، فإن حقه فى الحبس لا يقع إلا على
الأشياء التى حصل الاتفاق بصدد تنفيذ الوكالة الخاصة بها . وبعبارة
أخرى ليس للوكيل أن يحبس المبالغ المتحصلة من تنفيذ بعض هذه
الأعمال لضمان نفقات لم تصرف بصدها ، وإنما بصدد غيرها من
أعمال الموكل. فمثلا إذا وكل شخص بتحصيل عدة كمبيالات
بتوكيلات متعددة ، فلا يجوز له أن يحبس المبالغ المتحصلة من الوفاء
بإحداها حتى يستوفى النفقات التى أنفقها فى سبيل تحصيل غيرها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٣٢٠ المامش .

على أنه إذا تبين من ظروف التعاقد أن نية الطرفين اتجهت إلى اعتبار هذه الأعمال المتعددة مرتبطة ببعضها ، كأن صدر توكيل واحد بها جميعا ، فإن وحدة الحساب المتصل بها تقتضى وحدة الضمان المقرر للوكيل ، وبذلك يكون له أن يحبس ما يتحصل له من تنفيذ أى عمل منها لاقتضاء نفقاته وأتعابه عموما .

· وحق الحبس يرد على الأعيان التى سلمت إلى الوكيل لإدارتها، وإلى سائر المستندات التى عهد بها إليه لتسيير مهام الإدارة^(١).

بل إن للوكيل أن يستعمل حق الحبس حتى يسلمه الموكل المخالصة بإبراء ذمته بعد التصديق على الحساب ، فإن الموكل يلتزم بإعطاء هذه المخالصة إلى الوكيل . فإذا امتنع عن إعطائها له كان للوكيل أن يحبس ما فى يده^(٢).

وقد ذكرنا سلفا أن الوكيل يلتزم برد سند التوكيل للموكل عند انتهاء الوكالة ، وأنه لا يجوز حبس هذا السند ولو كانت له حقوق فى ذمة الموكل لم يستوفها .

(١) محمد على عرفه ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٧٣١ - وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٤٠٤ فىرى أنه لا يقبل التمسك بحق الحبس حتى يحصل الوكيل على مخالصة مبرئة لذمته ، إذ أن الحبس فى ذاته لا يخرج عن كونه من تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ ، فطالما أن ذمة الموكل غير منشغلة بدين مستحق للوكيل ، فلا يسوغ لهذا الأخير أن يمتنع عن تنفيذ التزامه برد أموال الموكل . والقول بغير ذلك يضع بين يدي الوكيل سلاحا خطرا قد يستغله للضغط على الموكل .

٣٥١- ثانيا : حق الامتياز :

تنص المادة ١١٤٠ مدق على أن :

" ١- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها".

فهذا الامتياز يشمل المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم ، ولكنه لا يمتد إلى ما أنفق في صيانة العقارات . وفيما عدا المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وترميمه لا يكون للوكيل أى امتياز ، سواء بالنسبة للنفقات الأخرى ، أو بالنسبة للأتعاب^(١).

٣٥٢- ثالثا: حق الاختصاص :

تنص المادة ١٠٥٨ مدق على أنه : " ١- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل، متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمنا لأصل الدين والفوائد والمصروفات .

٢- ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ الاختصاص على عقار في التركة " .

وتنص المادة ١٠٨٧ مدق على أنه : " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع " .

وعلى ذلك يجوز للوكيل طالما كان حسن النية ، وحصل على حكم واجب النفاذ أو حكم مثبت صلحا أو اتفاقا بينه وبين الموكل أن يحصل على حق اختصاص بعقارات الموكل ضمنا لأصل الدين والفوائد والمصروفات .

٢٥٢- رابعاً : تضامن الموكلين المتعددين :

تنص المادة ٧١٢ مدني على أنه : " إذ وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك " ^(١).

فهذه المادة تقرر ضمنا آخر للوكيل في حالة تعدد الموكلين ، إذ تجيز المادة للوكيل من قبل متعددين أن يرجع عليهم بالتضامن .

فإذا تعدد الموكلون في تصرف واحد ، كانوا متضامين في التزامهم قبل الوكيل . وفي هذا النص خروج على القاعد العامة التي تقضي بأن التضامن لا يكون إلا باتفاق .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا تعدد الموكلون في العمل الواحد كانوا متضامين في التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة إلى شرط خاص في ذلك . وفي هذا

(١) وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، وقد جرى القضاء المختلط على الأخذ بحكم القانون الفرنسي في هذا الصدد رغم عدم وجود نص مقابل لنص المادة ٢٠٠٢ مدني في التقنين القديم . وكان هذا القضاء تحكما لتعارضه صراحة مع المبادئ المقررة في القانون التي من مقتضاها أن التضامن لا يفترض ، إنما يجب أن يتقرر صراحة بنص القانون أو بشرط العقد (محمد على عرفه ص ٤٠٥) ، أما القضاء الأهلى فكان يقضى بالعكس وبعدم قيام التضامن (السنهوري ص ٧٣٤ هامش (١)) .

استثناء من القاعدة التي تقضى بأن التضامن في المسؤولية التعاقدية لا يكون إلا بشرط خاص وإذا أريد نفي التضامن وجب اشتراط ذلك " (١).

وواضح من المادة أنه يشترط لقيام التضامن بين الموكلين المتعددين توافر شرطين :

الشرط الأول : أن يكون هناك موكلون متعددون تربطهم عقد وكالة بالوكيل . فلا يقوم التضامن في النيابة القانونية أو النيابة القضائية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٧١٢ من القانون المدنى على أنه "إذا وكل أشخاص متعددون وكيلًا واحدًا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك " مفاده أنه إذا تعدد الموكلون في تصرف واحد ، كانوا متضامنين نحو الوكيل ، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول باشر الأعمال الإدارية والقضائية نيابة عن الطاعنين جميعًا بمقتضى الوكالة المخولة لهم من وكيلهم المطعون عليه الثاني ، فإن الطاعنين يكونون متضامنين في التزامهم نحو المطعون عليه الأول وهو ما نص عليه في عقد الاتفاق سند الدعوى " .

(طعن رقم ١٠٧٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٨)

الشرط الثاني : أن تكون الوكالة في عمل مشترك أى واحدًا لا عدة أعمال يتعلق كل منها بأحد الموكلين .

ويستوى أن تكون الوكالة بغير أجر أو تكون بأجر .

ولم يضع القانون حدودًا لهذا التضامن ولذلك يجب القول بأنه يمتد إلى كافة الالتزامات التي تنشأ على أحد الموكلين المتعددين سواء كان

مصدرها الخطأ - عمديا أو غير عمدى - أو تحمل التبعة أو الإثراء بلا سبب^(١).

ويسرى التضامن على كافة التزامات الموكلين ، من الوفاء بالأجر والالتزام برد المصروفات والالتزام بالتعويض عن الضرر. فيجوز للوكيل الرجوع على أى منهم بهذه الالتزامات جميعها ، كما يجوز الرجوع عليهم جميعا فيكونون متضامنين في هذه الالتزامات .

وتضامن الموكلين مما لا يتعلق بالنظام العام ، ولذلك نصت المادة في عجزها على أن " ما لم يتفق على غير ذلك " فيجوز الاتفاق على استبعاد التضامن بحيث يكون كل وكيل مسئولا عن الالتزامات بالنسبة التي يتفق عليها ، فإن لم يتفق على نسبة معينة كان مسئولا بنسبة ماله من مصلحة^(٢).

(١) أكرم الخولى ص ٢٤١.

(٢) السنهوري ص ٧٣٧ .

موضوع رقم (٣٣)

(آثار الوكالة بالنسبة للغير)

(أ) حالة التزام الوكيل بحدود الوكالة :

إذا التزم الوكيل بحدود الوكالة فإن آثار الروابط القانونية التي ينشئها مع الغير تنصرف - كقاعدة عامة - إلى شخص الأصيل^(١) . وتعلق بدمته مباشرة كما لو كان قد باشرها بنفسه (مادة ١٠٥) . ولا يتأثر الوكيل أصلاً من هذه التصرفات التي يجريها لحساب الموكل إذا كان قد تعاقد باسمه . وقد أحالت المادة ٧١٣ إلى المواد ١٠٤-١٠٧ الخاصة بالنيابة عموماً لتحديد علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل . ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلي .

٣٥٤- أولاً : علاقة الموكل بالغير :

حددت المادة ١٠٥ علاقة الموكل بالغير في حالة التزام الوكيل بحدود الوكالة بقولها : " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " . ومن مقتضى ذلك أن يكون في وسع الغير الذي تعامل مع الوكيل في حدود الوكالة أن يطالب الموكل مباشرة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي باشره الوكيل . وكذلك للموكل أن يرجع مباشرة على الغير

(١) أما في حالة ما إذا كان الوكيل قد تعاقد باسمه الشخصي (أي كان اسماً مستعاراً) ، فسنرى أن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان ممن المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود الوكالة ، أو كان يستوى عنده التعامل مع الموكل أو الوكيل (م ١٠٦) .

الذى تعاقده معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة من هذا التعاقد في ذمة الغير . لأن شخص الوكيل يمتنع فيما بينهما طبقا للقواعد العامة في النيابة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كذلك ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل باسم الموكل ، سواء في ذلك ما يولده من حقوق وما يترتب عليه من التزامات ، إلى الموكل مباشرة . ومن أجل ذلك أعطى للغير الذى يتعاقد مع الوكيل الحق في مطالته بأن يثبت وكرالته ومدى هذه الوكالة إلخ " (١) .

وحسب الغير أن يتحقق من أن العمل الذى يجريه الوكيل يتفق وظاهر التوكيل ، بصرف النظر عن كون الوكيل قد جاوز حدود الوكالة في الواقع . وبعبارة أخرى لا يقبل من الموكل أن يحتج على الغير حسن النية بتجاوز الوكيل حدود الوكالة إذا لم يكن في وسع الغير أن يعلم بهذا التجاوز ، ولم يكن في ظاهر التوكيل ما يساعد على الكشف عنه (٢) .

فإذا تضمن التوكيل تفويض الوكيل في اقتراض ألف جنيه ، فعقد قرضا مع "خالد" ، ثم كرر هذه العملية مع "بكر" ، فإن الموكل يصبح ملتزما بسداد دين كل من "خالد" و "بكر" . ولا يجوز له أن يحتج في مواجهة الأخير بأن الوكيل قد تجاوز بتعامله معه حدود الوكالة ، إذ يكون في وسع "بكر" في هذه الحالة أن يتحصن وراء حسن نيته ولا يكون للموكل إلا أن يلوم نفسه على إبقائه سند التوكيل تحت يده وكييل غير جدير بالثقة التى وضعها فيه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٠٧ .

ولما كان حسن النية مفروضا دائما ، فإنه على الموكل الذى يدعى أن الغير كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود الوكالة أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه ، وهو يستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن .

ويتفرع عن كون الموكل مسئولاً مباشرة عن مسائر التصرفات التى يأتىها الوكيل فى حدود وكالته النتائج الآتية :

١- أن الأحكام التى تصدر فى مواجهة الوكيل بهذه الصفة تعتبر كأنها صدرت فى مواجهة الموكل ، ويمكن التنفيذ بمقتضاها على أمواله مباشرة .

٢- أن الموكل يعتبر مسئولاً عن الامتناع عن إبرام التصرف الذى عقدت من أجله الوكالة^(١).

٣- أنه إذا صدرت ورقة مكتوبة من الوكيل ، فإنها تكون حجة على الموكل بتاريخها العرقى ، لأن الموكل لا يعتبر من الغير الذى عنتهم المادة ١٥ من قانون الإثبات ، عند اشتراطها إثبات تاريخ المحررات العرفية للاحتجاج به فى مواجهتهم . فتاريخ هذه المحررات العرفية يكون حجة على الموكل حتى يقيم الدليل على عدم صحته .

فإذا كان تاريخ المحرر العرقى سابقا على انتهاء الوكالة ، وأراد الموكل عدم الاحتجاج به عليه ، كان له أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن التاريخ العرقى للورقة مخالف للحقيقة وأنه صدر فى تاريخ سابق للوكالة أو لاحق لانتهاء الوكالة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " متى كانت الورقة العرفية موقعة من الوكيل فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل - ولو لم يكن لها تاريخ ثابت - إذ أنه لا يعتبر غيرا لأنه كان ممثلا في التصرف الذى أبرمه وكيله لحسابه، كما يكون هذا التاريخ حجة على وارث الأصيل بحكم كونه خلفا عاما لمورثه " .

(ب) - " إذا ادعى الأصيل - أو وارثه - عدم صحة التاريخ المدون بالورقة - العرفية - وأنه قدم غشا حتى لا ينكشف أن التصرف الذى أجراه الوكيل صدر فى وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل - أو وارثه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يثبت مدعاه بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن إذ المضرور بالغش لم تكن له خيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه فى الإثبات بحصره فى طريق دون آخر " .

(طعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦)

٢ - " إذ كان الأصيل لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى المحرر العرفى الذى وقعه نائبا أيا كانت صفته فى النيابة ، ويكون المحرر حجة عليه وفق المادة ١٥ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، فإن إيصالات سداد الأجرة محل النعى تكون حجة على الطاعن فى تاريخها ولو لم يكن نائبا طالما لم يقم الدليل على عدم صحة هذا التاريخ باعتباره طرفا فيها بواسطة وكيله " .

(طعن رقم ٩٦٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٥)

٤ - " إذا صدر إقرار عن الوكيل يكون هذا الإقرار حجة على الموكل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليه بطلانته على الطاعن قد أقيم على سند المديونية المحرر على آخر بوصفه وكيلاً عن

الطاعن ، وكان الحكم قد أثبت بالأدلة السائغة التي أوردتها أن الوكيل لم يخرج في إقراره بالدين للمطعون عليه بمقتضى السند موضوع الدعوى عن حدود وكالته ، فيكون في غير محله النعى على هذا الحكم بأنه لا يقوم على أساس قانوني " .

(طعن رقم ٢٥٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤)

(ب) - " وإن كان مفاد نص الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المقابلة للفقرة (ب) من المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المكان الموحى من الباطن أو يتنازل عن عقد الإيجار بغير إذن كتابي صريح من المالك ، إلا أن قبض المالك أو وكيله الأجرة من المستأجر من الباطن أو التنازل عن عقد الإيجار مباشرة ودون تحفظ يقوم مقام الإذن الكتابي الصريح الذى اشترطه القانون باعتبار أن الكتابة وسيلة للإثبات وليست ركنا شكليا فى الإذن ومن ثم يعد بمثابة إقرار من المالك للإيجار من الباطن أو التنازل عنه " .

(طعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١٢)

٥- إن ورقة الضد التي يحريها الوكيل يحتج بها فى مواجهة الموكل كما لو كان قد وقعها بنفسه ، فالموكل لا يعتبر فى هذه الحالة من الغير الذين لا يصح التمسك ضدهم بمضمون هذه الورقة .

٦- أن حيازة الوكيل لعقارات موكله التي تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " حيازة الوكيل لعقارات موكله التي تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصل طالما أن الوكيل لم يدع أنه غير صفة حيازته بما تتغير به قانونا ، ومن ثم يعتبر الأصل مستمرا فى وضع يده مدة

حيازة الوكيل وتحسب له هذه المدة في التقادم المكسب السارى لمصلحته. وإذا كان مجرد ثبوت أن الوكيل من مورث الطاعنين - إبان وضع يده على عقار موكله - كان وكيلا أيضا عن المطعون عليه الذى ينازعهم في ملكية هذا العقار ، ليس من شأنه أن يؤدى بذاته إلى إسقاط مدة حيازة الوكيل للعقار محل النزاع نيابة عن مورث الطاعنين من مدة التقادم السارى لمصلحة هذا المورث ، بل لا يكون هذا الإسقاط إلا إذا شاب حيازة المورث للعقار بوساطة وكيله عيب من العيوب التى تفقدها أثرها في كسب الملكية بالتقادم وهى الإكراه والخفاء واللبس أو الغموض ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يكشف عن قيام أحد هذه العيوب حين رفض طلب الطاعنين الإحالة إلى التحقيق لإثبات تملكهم العقار محل النزاع بالتقادم المكسب الطويل المدة يكون قد انطوى على قصور وخطأ في القانون " .

(طعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٦)

وذهبت محكمة النقض إلى أن الأصل يكون مسئولاً نحو الغير عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، وكذلك في حدود قواعد الوكالة ذاتها .

إذ قضت بأن :

(أ) - " الأصل مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسئولية التقصيرية ، وكذلك في حدود قواعد الوكالة ذاتها ، فإذا كان الحكم قد اكتفى بنفى الخطأ عن المطعون عليه في سفره إلى الخارج دون أن يبحث موقف زوجته باعتبارها وكيلة عنه في إبرام الصفقة موضوع الدعوى بعد سفره حتى تنتهى مدة التفويض الصادر منه للطاعنين (السمسار) دون أن يبين السبب الذى دعاها إلى عدم إتمام العقد بعد أن

قام الطاعنان خلال مدة التفويض بإرسال بريقة وخطاب إلى المطعون عليه في محل إقامته بالقاهرة لإخطاره بأن مالك العمارة قد وافق على إتمام الصفقة طبقاً للتفويض ولكي يحدد موعداً للتوقيع على العقد الابتدائي ، فإن الحكم يكون قاصر البيان قصوراً يشوبه ويطله " .

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

(ب) - " مفساد نص المادة السابعة من قانون المرافعات السابق والمادة ١٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، ومرتبطين أن المحضر الذى يباشر التنفيذ أو غيره ممن أجاز القانون أن يجرى التنفيذ الجبرى بواسطتهم ، إنسما يقومون بذلك التنفيذ بناء على توجيه من الخصوم لهذه الإجراءات ، فإذا ما عين الخصوم إجراءات التنفيذ التى يطلبون اتخاذها ، اعتبر المحضر أو من يباشر إجراء التنفيذ الجبرى ممن أجاز لهم القانون ذلك ، وكلاء عن طالب التنفيذ الذى يسأل مسئولية مباشرة عن توجيه هذه الإجراءات فيما لو ترتب على ذلك الإضرار بالغير" .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

٢٥٥- عدم انصراف أثر التصرف المبني على غش إلى الموكل :

تقف نيابة الوكيل عن الموكل عند حد الغش فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل ، فإن التصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذى يتخذه لا ينصرف أثره إلى الموكل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت المحكمة قد حصلت من الوقائع المطروحة أمامها أن الإقرار الصادر من وكيل المطعون عليها بصحة السند الذى طعنت فيه موكلته بالتزوير كان وليد الغش والتواطؤ مع الطاعنة فلا يسرى في حق المطعون عليها كما لا يسرى في حق القاصر لأن المطعون عليها لم تكن

عينت وصيا عليه وقت صدور التوكيل ولم يوافق عليه المجلس الحسبي بعد تعيينها وفي هذا ما يكفي لإهدار حجيته فإنه يكون غير منتج ما تمسكت به الطاعنة من أن الإقرار صدر من وكيل المطعون عليها قبل إلغاء توكيله .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/١٥)

٢- " لكن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من القانون المدنى أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكله ، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل . وإذا كان البين من الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه لأسبابه أنه استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود المطعون عليه الأول أن عقدى الإيجار سند الطاعن الأول صدرا فى ظرف مريبة وفى غير مواعيد تحديد عقود إيجار الأراضى الزراعية ، وأن الطاعن الثانى لم يبرزها إلا بعد أن دب الخلاف بينه وبين المطعون عليه الأول ، واتخذ من عدم إشارة الطاعن الثانى فى الإنذار الموجه منه إلى هذين العقدين قرينة على اصطناعهما وكانت هذه الأسباب سائفة ومؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم من أن عقدى الإيجار قد حررا بطريق الغش والتواطؤ ، وكان الحكم إذ تحدث عن صورية عقدى الإيجار الصادرين إلى الطاعن الأول من شقيقه الطاعن الثانى - بوصفه وكلاء عن المطعون عليه الأول مستندا إلى القرائن التى استظهرها إنما قصد الصورية التدليسية المبينة على الغش والتواطؤ بين طرفى العقد إضرارا بالموكل ، فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٧٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٤/٧)

ولكن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل ولو ألحق به غنا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر ، وإذن فمضى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى ، وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الصلح ، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكله ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يودى إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقده مع الوكيل فى حدود الوكالة " .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢)

٢٥٦- ثانيا : علاقة الوكيل بالغير :

لما كانت نتائج التصرف الحاصل بطريق النيابة تقع فى ذمة الأصيل مباشرة فإن النائب يظل غريبا عن آثار ما عقده من تصرف باسم الأصيل ، فهو لا يلتزم بذلك التصرف ولا يرتبط بمقتضاه مع الغير على أى وجه كان ، وهكذا نجد النائب الذى كان له الدور الأكبر فى إبرام التصرف غير ذى دور فى الالتزام بأحكام ذلك التصرف ، فهو بمجرد إبرامه ينسحب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركا بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقده مع النائب رابطة قانونية مباشرة يحكمها ذلك التصرف المبرم بين النائب والغير . على أن نيابة الوكيل قد تشمل - فضلا عن إبرام

التصرف - تنفيذ التصرف الذى أبرمه ففى هذه الحالة يكون له بصفته نائباً وطبقاً لهذه الحدود الواسعة لنيابته أن يفى ويستوفى وأن يقاص ويقاضى للمتوصل إلى تنفيذ العقد ، ولكن كل ذلك بصفته وكيلًا وحساب الأصيل لا لحساب نفسه^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مقتضى أحكام النيابة أن العمل الذى يجريه النائب يعتبر أنه صدر من الأصيل ، ولذلك ينصرف العمل القانونى الذى يجريه النائب فى حدود نيابته إلى الأصيل مباشرة ، ويظل النائب بعيداً عن هذا الأثر ، فإذا أجرى النائب عملاً باسم الأصيل فينظر إلى هذا العمل من ناحية تكييفه بأنه معاوضة أو تبرع، إلى الأصيل لا إلى النائب ، فإذا كان الأصيل لم يأخذ مقابلًا فالعمل تبرعى ، ولو كان النائب قد تلقى عوضاً لنفسه " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٤٥ فى جلسة ١٩٨١/١٢/٧)

٢- " مؤدى نص المادة ٦٩٩ من القانون المدنى أن ما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها إنما هو لحساب الأصيل فإذا باشر إجراء معيناً سواء كان من أعمال التصرف أو الإدارة فلا يجوز مقاضاته عن هذا الإجراء وإنما توجه الخصومة للأصيل ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن جوهر النزاع بين الطاعن والمطعون ضده الأول يدور حول حصول البيع الموكل فيه الأول من عدمه، وكان هذا التصرف إنما يكون لحساب الأصيل ، مما يقتضى توجيه الدعوى فى النزاع الناشئ عنه إلى الأخير وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدى من الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة

(١) جمال مرسى بئر ص ٣٣٩ وما بعدها .

وبإثبات العقد موضوع النزاع على سند أنه مفوض في إبرامه والتوقيع عليه بمقتضى عقد الوكالة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٤/١٩)

٢٥٧- مسؤولية الوكيل قبل الغير عن خطئه :

لا يكون الوكيل مسئولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته . فإذا لم يرتكب خطأ لم يكن مسئولاً ، حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ الوكالة . والمقصود بالغير هنا الشخص الذى يتعاقد مع الوكيل . فإذا ارتكب الوكيل تدليسا على الغير في تعاقد معه أو أكرهه على التعاقد ، جاز للغير أن يطلب إبطال العقد ، ويرفع دعوى الإبطال على الموكل لا على الوكيل ، وجاز له أيضا أن يرجع بالتعويض على الوكيل نفسه لما ارتكبه من تدليس أو إكراه .

وإذا ارتكب محام سباً أو قذفاً في حق خصم موكله ، أو قدم ضده بلاغاً كاذباً بسوء نية وهو في صدد تنفيذ الوكالة ، فإن المحامي يكون مسئولاً نحو خصم موكله عن الخطأ الذى ارتكبه ^(١) . حتى لو ارتكب الخطأ بأمر الموكل .

(ب)- حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة :

إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة بأن لم تكن هناك وكالة أصلاً ، أو كانت هناك وكالة وتجاوز حدودها فلا يصدق عليه القول بأن ينوب عن الموكل ، إذ النيابة لا تكون إلا في حدود ما وكل فيه وعلى ضوء هذا المبدأ تتحدد علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير في هذه الحالة .

(١) السهنورى ص ٢٥٣ وما بعدها .

٢٥٨- أولا : علاقة الموكل بالغير :

لا يلتزم الموكل في مواجهة الغير بما يجريه الوكيل خارجا عن حدود الوكالة ، بل يعتبر من الغير بالنسبة لهذه التصرفات فلا تتأثر بها ذمته لا بطريقة سلبية ولا بطريقة إيجابية . وبناء على ذلك لا تنشأ بينه وبين الغير الذى تعامل مع الوكيل أية علاقة تبيح لأحدهما أن يوجه للآخر أية مطالبة على أساس العقد الذى عقده الوكيل .

ويستوى في ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يقيت حالة ما إذا تعاقد شخص باسم غيره دون توكيل ، أو تجاوزا حدود التوكيل (فى غير ما نصت عليه المادة ٩٧٨ فقرة ٢) ، أو بعد أن انقضت الوكالة فإذا تعاقد (أ) مع (ب) باسم (ج) ، دون توكيل أو تجاوزا حدود التوكيل ، فإن (أ) لا يعتبر وكيلا عن (ج) ، سواء علم (ب) بانعدام الوكالة أو لم يعلم إذ كان يستطيع أن يعلم لو أنه طلب من (أ) إثبات وكالته كما تقضى بذلك المادة ١٥٨ " (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل فى قواعد الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة فلا ينصرف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٢٦ وما بعدها .

أنسر تصرفه إلى الأصل ويستوى في ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك " .

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٤/٤/١٩٧٣)

ولا يسرى التصرف في حق الموكل حتى لو كان الغير يعتقد بحسن نية أن الوكيل يعمل بموجب وكالة قائمة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" سواء أكان المستأجر حسن النية أم سيئها فإن تجاوز الوكيل حدود توكيله لا يجعل الموكل مسئولاً عن عقد خروجا عنه تلك الحدود . وعلى من يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفة من تعاقد معه وحدود تلك الصفة . فإذا قصر فعليه تبعة تقصيره . فإذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن يسفروا أيهم بأى عمل وإلا كان باطلاً ، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل الحارس ولو كان المستأجر حسن النية " .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٥ ق جلسة ١٤/٥/١٩٣٦)

والغير هو الذى يقع عليه عبء إثبات أن الوكيل قد عمل في حدود نيابته^(١) .

وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٧٠٣ مدنى تجيز للوكيل أن يخرج حدود الوكالة، وبالتالي يلتزم الموكل بتصرفاته الخارجة عن حدود الوكالة، إذا كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة. (راجع بند ٢٧٥) .

(١) السنهاورى ص ٧٦٧ الهامش .

٢٥٩- إقرار الموكل بالتصرف الذى عقده الوكيل خارجا عن حدود الوكالة:

كانت المادة ٩٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدق تنص على أنه :
" ١- إذ أبرم شخص عقدا باسم غيره دون توكيل ، أو كان وكىلا وجاوز حدود الوكالة ، فإن العقد لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا كان قد أقره .

٢- ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعاد مناسباً لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد. ويجوز له أن يرجع فى العقد ، قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك" كما كان المشروع يضمن نص المادة ٩٩١ التى تقضى بأن : " أما إذا رفض الإقرار صراحة أو ضمناً ، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة ، أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك " .
إلا أن المادتين حذفنا فى لجنة المراجعة اكتفاء بأحكام النيابة^(١).

وهذان النصان المحذوفان لا يخرجان عن القواعد العامة ، ومن ثم فليس يوجد ما يمنع من العمل بأحكامهما .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٢٥ وما بعدها .

وعلى ذلك فإن التصرف الذى يعقده الوكيل خارجا عن حدود الوكالة، يكون الموكل حياالة بالخيار بين أمسين : إما أن يقره وإما ألا يقره.

١- حالة إقرار التصرف :

إذا أقر الموكل هذا التصرف ، فإنه لا يشترط فى الإقرار شكل معين، وكما يكون الإقرار صريحا يصح أن يكون ضمنيا يستنتج من تصرفات الموكل التى تكشف عن إرادته إجازة التصرف الذى عقده الوكيل باسمه (١٣٩م/١مدن) . كأن يسلم الموكل البضاعة التى باعها الوكيل أو يتسلم الثمن من المشتري أو يدفع مصاريف العقد^(١) . وكأن يعقد الموكل قرضا يستعين به على تنفيذ التزامات الوكيل ، وكأن يسكت الموكل مدة كافية دون أن يعترض على التصرف المعقود باسمه ، إذا كان الغير أعلنه بتصرف الوكيل .

واستخلاص هذا الإقرار الضمنى مما يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .

ويترتب على هذا الإقرار جعل التصرف الذى أبرمه الوكيل خارجا عن حدود وكالته نافلا فى حق الموكل .
غير أنه إذا أقر الموكل التصرف ، فلا يجوز له الرجوع فى هذا الإقرار.

(١) محمد على عرفه ص ٤١٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " خروج الوكيل عن حدود وكالته في تعاقد سابق لا يلزم منه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل للطاعنين نافذا في حق الموكل مادام أن هذا التصرف كان صادرا من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لا ينفذ في حقه إلا بإجازة ذات التصرف " .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٥/١٢) .

٢- " إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلًا عن باقي الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم في حصصهم في البيع فإنهم متى أقروا البيع فإن العقد يسرى في حقهم عملا بالمادة ٤٦٧ من القانون المدني " .

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

٣- " تصرف الوكيل الذي يجاوز حدود وكالته الخاصة لا يسأل عنه الموكل إلا إذا أجازته بعد حصوله قاصدا إضافة أثره إلى نفسه " .

(طعن رقم ١٦٢ لسنة ٧٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٦)

٤- " مباشرة المحامي للإجراء قبل الحصول على سند بالوكالة لا يبطئه طالما تأكدت صفته في مباشرته بإصدار توكيل له " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤)

٥- " لمحكمة الموضوع استظهار قيام الإجازة الضمنية بشرط أن يكون سائغا " .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٠)

ولما كانت الإجازة بطبيعتها عملا قانونيا صادرا من جانب واحد فإنه لا يلزم لنفاذها قبول الوكيل أو الغير. ولا يعترض على ذلك بأن الإجازة اللاحقة تعتبر بمثابة التوكيل السابق ، ولا يتعقد التوكيل إلا برضاء الوكيل، لأنه يصح صدور الإيجاب بالوكالة من الوكيل نفسه ، وهو ما يتحقق في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة^(١).

ويكون للإقرار أثر رجعي ، فيعتبر التصرف نافذا في حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل لا من يوم الإقرار إذ أن الإقرار اللاحق يكون في حكم التوكيل السابق ، وذلك مع عدم الإخلال بحقوق الغير طبقا للقواعد العامة^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - " الشريك الذي يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير في معنى المادة ٦٥ من القانون المدني^(٣). فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصته في هذا البناء وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته ، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبرا في حكم الوكيل " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٣٠)

٢ - " إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي استلمه آخر من المدين يعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة

(١) محمد على عرفه ص ٤١٣ .

(١) أكثم الخولي ص ٢٤٢ .

(٢) يقابلها في القانون الجديد المادة ٩٢٤ .

وكيلا بعد أن بدأ فضوليا - على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية - إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذى أقره الدائن فلا تعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقره فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموصى به هو كل الباقي المستحق للدائن لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموقى به بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقرا لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء . كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولى إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل " .

(طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ قى جلسة ١٩٦٢/٤/٥)

ولاعيرة بتصديق الموكل على ما باشره الوكيل من تصرف خارج حدود الوكالة إلا إذا ثبت علمه بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه^(١).
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ، ويجب لإقرار ما يباشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه " .

(طعن رقم ١٣٣ لسنة ١٨ قى جلسة ١٩٥٠/٤/٦)

(١) محمد على عرفه ص ٤١٣ هامش (١) - السنهاورى ص ٧٦٨ الهامش .

كما قضت محكمة النقض بأن :

" خروج الوكيل عن حدود وكالته في تعاقد سابق لا يلزم منه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل للطاعنين نافذا في حق الموكل مادام أن هذا التصرف كان صادرا من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لا ينفذ في حقه إلا بإجازة ذات التصرف " .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٥/١٢)

وإذا كان الغير عالما بتجاوز الوكيل حدود وكالته وقت إبرام التصرف ، وأقر الموكل هذا التصرف ، فلا يكون للغير أن يتحلل من تعاقدته مع الوكيل .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إقرار الموكل عقد البيع الذي أبرمه وكيله - بتوكيل عام - يرتد أثره إلى وقت التعاقد فيعتبر التصرف نافذا في حق الموكل من هذا الوقت ومادام الغير الذي تعاقد مع الوكيل كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود وكالته وقت تعاقدته معه فإنه يتقيد بإيجابه حتى يعلن الموكل موقفه من حيث إقرار التصرف أو عدم إقراره فإذا أقره لم يكن لهذا الغير أن يتحلل من تعاقدته مع الوكيل " .

(طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٢- حالة عدم إقرار التصرف :

إذا اختار الموكل عدم إقرار التصرف الذي قام به الوكيل خارج حدود وكالته ، فإن التصرف لا ينصرف إليه . غير أنه يجوز للغير الرجوع على الموكل بمقدار ما استفاد من التصرف في حدود قواعد الفضالة أو قواعد الإثراء بلا سبب .

وكانت المادة ٩٩٠ من المشروع التمهيدي - التي حذفت في لجنة المراجعة - تنص على طريقة عملية لإجبار الموكل على اتخاذ موقف من التصرف الذي عقد باسمه فنصت على أن : " ويجوز للطرف الثاني في العقد أن يحدد لهذا الغير ميعادا مناسباً لإقرار الاتفاق ، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار في الميعاد المحدد ، ويجوز له أن يرجع في العقد ، قبل أن يصدر الإقرار ، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك " .

وهذه الطريقة يمكن اتباعها رغم حذف النص لأنها تتفق مع القواعد العامة .

وفي وسع الغير الذي تعامل مع الوكيل أن يتحلل من التصرف الذي أبرمه مع الوكيل قبل تصديق الموكل ، إذا تبين أن الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة ، ولم يكن على بينة من هذا الأمر وقت التعاقد . ويبرر كثير من الشراح هذا الحل بأن العقد لا ينعقد لعدم توافق الإرادتين في مثل هذا الفرض لأن إرادة الغير اتجهت إلى إلزام الموكل، وبالتالي إلى التعاقد معه بواسطة الوكيل ، فالغير لا يلزم بإيجابه قبل الوكيل لأنه لم يشأ أن يلتزم بالعقد معه ، كما لا يلتزم قبل الموكل الذي يعتبر أجنبياً عن هذا العقد . ومن المسلم به أن كل إيجاب من هذا النوع يجوز سحبه ، طالما لم يصادفه قبول . وبذلك يكون الغير في حل من أن يسحب إيجابه طالما أنه لم يتعلق به قبول الموكل بالتصديق^(١).

(١) محمد على عرفه ص ٤١٣ وما بعدها - السنهاوري ص ٧٧٢ وما بعدها .

أما في حالة تعاقد الغير مع الوكيل مع علمه بتجاوزه حدود الوكالة ، فإنه لا يستطيع أن يسحب إيجابه حتى يعلن الموكل عما في عزمه من التصديق أو عدمه على ما فعله الوكيل ، لأن علم الغير بتجاوز حدود الوكالة يجعله ملتزما بأن يظل على إيجابه المدة المعقولة ليكشف الموكل عن نيته .

٣٦٠- ثانياً : علاقة الوكيل بالغير :

لا يكون الوكيل مسئولاً عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته . وعلة ذلك ظاهرة وهي أن الغير يكون قد ساهم مع الوكيل في الخطأ الذي ارتكبه بتجاوزه حدود الوكالة ، ولا يمكن تبرير إقباله على مثل هذا العمل إلا بأنه يأمل في تصديق الموكل ، وهو عمل خارج عن إرادة الوكيل ، فلا يسأل عن عدم تحققه طالما أنه لم يتعهد بذلك . وحسب الوكيل أنه كشف للغير عن سعة وكالته ليكون في حرز من المسؤولية في حالة عدم إجازة الموكل تصرفه^(١).

وإذا لم يكشف الوكيل للغير عن حدود وكالته كان مسئولاً شخصياً في مواجهة الغير عن تنفيذ ما عقده من مشارطات خارج حدود الوكالة . وقد قضى تطبيقاً لذلك بإلزام الوكيل شخصياً بزيادة سعر فوائد الثمن في حالة الشراء لحساب موكله ، إذا كان قد وافق على هذه الزيادة دون استئذان الموكل في ذلك . ولا يجدي به أن يحتج بصله القرابة أو الصداقة التي تربطه بموكله والتي أباحت له في نظره التجاوز عن إذن الموكل^(٢) .

(١) محمد على عرفه ص ٤١٤ .

(٢) استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر ١٩٤٢ مشار إليه في عرفه ص ٤١٤ هامش (٤) .

ولما كان في تجهيل الوكيل وكالته على الغير خطأ تدليسياً لا يمكن افتراضه فإنه يقع على عاتق الغير إثبات ذلك .

ويعتبر الوكيل مسئولاً في مواجهة الغير عن تجاوزه حدود الوكالة إذا اقترن كشفه للغير عن سعة وكالته بتعهده أن يحمل الموكل على إجازة هذا التصرف ، فيكون الوكيل في مثل هذا الفرض متعهداً عن الغير ، ويسأل عن فشله في الحصول على إجازة الموكل (م ١٥٣ مدني) .

كما يسأل الوكيل عن الضرر الذي يلحق الغير نتيجة خطأ ثابت في جانبه على أساس المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة ١٦٣ مدني. ولا يعفيه من المسؤولية كون الموكل مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يلحق الغير نتيجة غش الوكيل أو تدليسه ، لأن مسؤولية الموكل لا تجب مسؤولية الوكيل التي تقوم على أساس الخطأ الثابت في جانبه فلا مفر له منها . وكل ما يترتب على اشتراكهما في الخطأ أو تواطئهما على التدليس هو حق الغير في الرجوع عليهما بالتضامن (م ١٦٩ مدني) .

موضوع رقم (٣٤)

(الوكالة الظاهرة)

٣٦١- تعريف الوكالة الظاهرة :

الوكالة الظاهرة هي الوكالة التي يعمل فيها الوكيل دون نيابة عن الموكل، وذلك بآلا تكون لديه وكالة أصلا ، أو بأن يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة ، أو بأن يعمل بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها ، أو بأن تكون لديه وكالة صحيحة ، ولكنه تجاوز الحدود المرسومة للوكالة ، ويكون الغير المتعاقد معه حسن النية يعتقد بقيام الوكالة ، لوجود مظهر خارجي للوكالة منسوب إلى الموكل .

ونظرية الوكالة الظاهرة نظرية صاغها القضاء وتابعه فيها الفقه ، ليوافق بها الضرورات العملية ، وليوطد استقرار التعامل ، ولو خرج في ذلك على المنطق القانوني . ولها مع ذلك سند تشريعي في بعض تطبيقاتها ، كما سنرى .

٣٦٢- شروط الوكالة الظاهرة :

يشترط لتوافر الوكالة الظاهرة توافر شروط أربعة هي :

- ١- أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة .
- ٢- أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب .
- ٣- أن يقوم مظهر خارجي للوكالة منسوب للموكل .
- ٤- أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه في ظهور الشخص بمظهر الوكيل.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلي .

الشروط الأولى:

أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة :

ويكون ذلك بالألا تكون لدى الوكيل نيابة أصلا ، أو بأن يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة ، أو بأن يعمل بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها ، أو بأن تكون لديه وكالة صحيحة ، ولكنه تجاوز الحدود المرسومة للوكالة. وأكثر حالات تجاوز حدود الوكالة ، أن تكون الوكالة غامضة العبارة ، أو واسعة المدى في ظاهرها ، ولكنها مقيدة في حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذى يتعامل مع الوكيل ، أو كانت هناك شروط تحفظية واتفاقات سرية بين الموكل والوكيل ولاتستفاد من الوكالة نفسها ، فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعا في تفسير العبارة الغامضة ، أو غير مراعى للشروط التحفظية والاتفاقات السرية التى عقدها مع الموكل .

ومن أمثلة ذلك أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المألوف سلطات مدير الشركة ، فيخرج المدير على هذه القيود في تعامله مع الغير، ويعتقد الغير بحسن نية أن المدير يعمل في حدود نظام الشركة ^(١).

ومن صور عمل الوكيل متجاوزا حدود الوكالة ، أن تكون الوكالة قد انتهت لأى سبب من الأسباب المنهية للوكالة ، ومع ذلك يستمر الوكيل في مباشرة الوكالة .

(١) السنهورى ص ٧٧٧ وهامش (١) وما بعدها .

ومثال ذلك أن تنتهى الوكالة بموت الموكل أو فقده أهليته أو إفلاسه ، أو بعزل الوكيل أو تنحيته عن الوكالة . وهذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا . وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته وبعد عزله أو بعد موت الموكل فإنه من السهل فى هذه الفروض أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لانزال باقية ، فقد يبقى سند الوكالة بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه ، كما يقع كثيرا أن يخفى على الغير أمر عزل الوكيل أو أمر موت الموكل.

وقد يعمل الوكيل دون وكالة أصلا ، كما إذا تقدم شخص مثلا بمخالصة من الدائن لقبض دينه ، ويكون قد استولى على هذه المخالصة خلسة فيقبض الدين دون أن تكون عنده وكالة أصلا ، وحينئذ يعتبر قبضه صحيحا ميراثا لذمة المدين وذلك إعمالا لنص المادة ٢٣٢ مدنى التى تقضى بأن : " ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن " .

ومثل ذلك أيضا استئجار شخص متجرا لاستغلاله فى مقابل أجرة شهرية يسدها لصاحب المتجر ، ويظل المستأجر يستعمل أوراق المتجر التى تحمل اسم صاحبه ، فإن التصرفات التى يعقلها المستأجر تلزم صاحب المتجر إذ يعتبر المستأجر وكيلًا ظاهرا عنه وإن لم تكن عنده وكالة عنه أصلا^(١).

(١) قدرى عبد الفتاح الشهاوى ص ٤١٢ .

ويعتبر في حكم انعدام الوكالة ، الوكالة الباطلة ، فإذا عمل الوكيل بوكالة باطلة ، كما إذا كانت مهمة الموكل شراء منزل لإدارته للمقامرة أو الدعارة ، وكان الوكيل يعلم بذلك . فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعية السبب ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة ، وكان البائع لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب غير المشروع، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالبيع .

ويأخذ حكم الوكالة الباطلة ، الوكالة القابلة للإبطال ، كالتوكيل الصادر من قاصر ، أو من موكل وقع في غلط جوهري أو إكراه أو تدليس . فإذا عمل الوكيل بموجب هذه الوكالة ، وكان المتعامل معه يجهل أن الوكالة قابلة للإبطال ، فإن أثر تصرف الوكيل ينصرف إلى الموكل، حتى لو حصل هذا على حكم بإبطال الوكالة^(١).

وعبء إثبات هذا الشرط يقع على عاتق الموكل ، إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائباً عنه في التصرف الذي يبرمه، فإذا أراد الموكل أن يتنصل من هذا التصرف . فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل^(٢).

وأحياناً قد يجهل الوكيل والغير معا انتهاء الوكالة وقد اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ مدق التي تجرى على أن :
"إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة،

(١) السهوري ص ٧٨١ - المستشار فتحيه قره ص ٤٥ وما بعدها .

(٢) السهوري ص ٧٨١ - محمد قنري الشهاوي ص ٤١٣ .

فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفاته" ، كما ورد فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى فى خصوصها نص آخر هو المادة ٩٥٥ من المشروع ، وقد حذف فى لجنة المراجعة ^(١) .

الشرط الثانى :

أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب :

يشترط أن يتوافر لدى الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية ، فلو كان سئ النية بمعنى أنه كان على علم بانعدام وكالة الوكيل ، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التى تكفلها له نظرية الوكالة الظاهرة ، وعليه تحمل تبعه التصرف الذى أبرمه .

وكما أوضحنا سلفا أنه يقع على عاتق الغير الذى يتعاقد مع الوكيل التحقق من وكالته قبل أن يتعاقد معه ، وله أن يطلب منه تقديم سند وكالته بالتفصيل الذى ذكرناه فى موضعه .

ولا ينفى هذا الشرط أن يكون الغير قد أبرم التصرف بعد أن تعهده الوكيل بالحصول على إقرار الموكل بالتصرف ، لأن هذا التعهد لا يلزم الموكل بالتصرف إلا إذا أقره بالضوابط التى ذكرناها سلفا .

غير أنه يجوز للغير الرجوع على الوكيل بالتعويض إذا لم يحصل الوكيل على إقرار الموكل بالتصرف .

فالمفترض أن الغير يعلم بانعدام نيابة الوكيل قبل التعاقد معه . ومن ثم يجب على الغير إثبات حسن نيته وأنه كان لا يعلم بانعدام النيابة عند

(١) السنهوري ص ٧٧٩ وما بعدها - المستشار فتحيه قره أحكام الوضع الظاهر منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٤٤ وما بعدها .

التعاقد مع الوكيل ، ويستعين الغير في إثبات ذلك بإثبات المظهر الخارجى المنسوب إلى الموكل وهو المظهر الذى أوهم الغير أن الوكيل نائب فإذا ما أثبت الغير هذا المظهر الخارجى ، وأثبت في الوقت ذاته أنه غير مقصر في الانسياق وراء هذا المظهر ، بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد في الظروف التى تم فيها التعاقد مع الوكيل ليتثبت من أن هذا المظهر يطابق الواقع ، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل ، أن يكون المظهر الخارجى الذى أحدثه هذا الأخير خاطئاً ، وأن يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأً أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة . ولما كان تعبير المدير وفقاً لنظام الشركة المشهر - والذى صار حجة على الكافة - لا يترتب عليه خلق مظهر خسارجى خاطئ من شأنه أن يخدع المتعامل معه ، وكان المدين الذى اتفق معه على إبرائه من جزء من المدين المستحق في ذمته ، لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف التبرعى لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين ، ولا يملك توكيل غيره في إجرائه ، ومن ثم فإن موافقة المدير على هذا الإبراء لا تكون حجة على الشركة الطاعنة لانعدام نيابته عنها في الحقيقة والظاهر " .

(طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٦ في جلسة ١٩٧١/١/٢١)

(١) السهنورى ص ٧٨٢ - قدرى الشهاوى ٤١٣ وما بعدها .

ولا يتطلب هذا الشرط أن يكون الوكيل الذى يتعامل مع الغير حسن النية ، فقد يكون الوكيل سئ النية يعلم أنه يجاوز حدود وكالته ، أو أن وكالته منعدمة أو باطلة أو قابلة للإبطال أو منقضية ، ومع ذلك ينصرف أثر التصرف الذى أبرمه مع الغير إلى الموكل . وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يؤكد هذا المعنى ، إذ كانت المادة ٩٩٥ من هذا المشروع تنص على أنه : " ١- تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، مادام لا يعلم بانتهائها . ٢- ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها " .

فالفقرة الأولى من المادة ، خاصة بعلاقة الموكل بالوكيل ، وتقضى بأنه إذا لم يعلم الوكيل بانقضاء وكالته ، فإن وكالته تبقى قائمة بحيث لو تعاقد مع الغير حسن النية فانصرف التعاقد إلى الموكل لم يجوز لهذا الأخير أن يرجع عليه بالتعويض ، أما إذا تعاقد مع شخص سئ النية أى يعلم بانتهاء الوكالة فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل ، ولا مجال لهذا الغير لمطالبة الموكل بالتعويض .

أما الفقرة الثانية من المادة ، فهى خاصة بعلاقة الموكل بالغير ، إذا كان الغير حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة وقت تعاقد مع الوكيل ، وتقضى بانصراف أثر التصرف للموكل سواء كان الوكيل حسن النية أو سئ النية ، لأن النص جاء عاما لم يفرق بين حسن النية وسوء النية ، وهو يعتبر تطبيقا بارزا من أهم تطبيقات الوكالة الظاهرة^(١).

(١) السنهاورى ص ٧٨٣ وما بعدها - المستشار فتحيه قره ص ٤٦ وما بعدها .

وقد ذهب رأى في الفقه إلى أن المادة ١٠٧ مدني - وهي ضمن المواد التي تحيل إليها المادة ٧١٣ مدني - تنص على أنه : " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت التعاقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه " ، قد يوهم باشتراط حسن نية الوكيل والغير الذي تعاقد معه لقيام الوكالة الظاهرة ، والصحيح أن النص لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة ، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته، فيقرر أن تصرفه ينصرف إلى الأصيل ، ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغير الذي تعاقد معه حسن النية ، إذ لو كان الغير سيئ النية لما شفع في سوء نيته حسن نية النائب، وهذا المعنى يظهر بوضوح إذا رجعنا للمشروع التمهيدى لنص المادة ١٠٧ مدني فهو يقول : " مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لاتزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقد مع النائب يجهل أيضا أن النيابة قد انقضت فعدلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص، وأصبح على الوجه الذي نراه في المادة ١٠٧ ، وصار بذلك غاضما يوقع في الوهم الذي أشرنا إليه ، وإن كانت لجنة مجلس الشيوخ قد ذكرت أنها عدلت النص " حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم " ، فالنص على الوجه الذي عدل به في مجلس الشيوخ، يشترط حسن نية كل من الوكيل والغير الذي تعاقد معه ، فيكون فيه تزييد إذ الصحيح أنه لا يشترط إلا حسن نية الغير الذي تعاقد الوكيل معه ^(١).

(١) السنيهوري ص ٧٨٥ وما بعلمنا .

إلا أن رأيا آخر ذهب إلى أنه يجب في تطبيق المادة سالفه الذكر ألا يكون الوكيل سئ النية وهذا يستفاد من عبارة (بجهلان معا) الواردة بالنص ، وأن هذه الحالة هي أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا ، وقد اختصها المشرع باشتراط حسن نية الوكيل والغير حتى يسرى التصرف قبل الموكل^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر أن الوكالة لا تنتهى بمجرد تحقق سبب انتهائها ، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الانتهاء ، وقد يعمل الوكيل بعد انتهاء الوكالة إذا استمر يعمل وكيلا باسم الموكل بعد أن انتهت مهمته التى وكل فيها ، أو بعد أن عزله الموكل أو بعد أن انتهت الوكالة بأى سبب آخر من أسباب انتهائها وهذه الحالة هي أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا ، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته أو بعد عزله ، فإنه من السهل فى هذه الفروض أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية ، فقد يبقى سند التوكيل بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه ، سيما إذا كان النائب ومن تعاقد معه بجهلان انقضاء الوكالة ومن ثم اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ من القانون المدنى وتنص هذه المادة على أنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه بجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصل أو خلفائه ومفاد ذلك وعلى ما جرى عليه قضاء

(١) محمد على عرفه ص ٤١٩ .

محكمة النقض أن القانون لا يحمي الغير الذى تعامل مع النائب بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد " .

(طعن رقم ٣٩٨٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٣/٤/١٩٩٥)

ولما كانت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى قضائها الصادر بتاريخ ١٦/٢/١٩٨٦ فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق- كما سنرى فى الشرط الرابع - أرسى قاعدة عامة للأوضاع الظاهرة - ولو لم يرد فى حالة منها نص- ولم تشترط لتحقيق الوضع الظاهر سوء نية صاحب الوضع الظاهر الذى أبرم التصرف مع الغير حسن النية ، فإن العدالة تقتضى التسوية بين الحالة الواردة بالمادة ١٠٧ مدنى ، والحالات الأخرى التى لم يرد بشأنها نص ، والقول بعدم اشتراط حسن نية الوكيل لتحقيق الوكالة الظاهرة والتى يترتب عليه أن يضاف آثار تصرف الوكيل إلى الأصل .

الشرط الثالث :

أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل :

يشترط أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل ، بحيث تكون الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة ، ومن شأنه أن يحدد الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر. ويشفع للغير فى حسن نيته، ويجعله معذوراً فى تعاقد مع الوكيل الظاهر، وهذا المظهر الخارجى للوكالة هو جوهر الوكالة الظاهرة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " وكان يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي ، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أطلق القول ببطلان التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر ، أغفل بحث دفاع الطاعن وتحقيق عناصره بمقولة إن نظرية الموظف الفعلي مختلف عليها ولا محل للاستدلال بها ، يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب ، بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٣٠)

٢- " يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل قيام مظهر خارجي خاطئ منسوب للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذى يتعامل مع الوكيل الظاهر . وإذا كان الثابت في الدعوى - على ما سجله الحكم المطعون فيه - أن الشركة المطعون ضدها لم تعين السيد /..... بمقتضى العقد المبرم بينهما مديرا لها بل عيّنه ليتولى الإشراف على الأعمال الإدارية إلى جانب مديرها الذى له حق التوقيع الملزم لها ، وكان الطاعن "العامل" لم يدع في دفاعه أمام محكمة الموضوع وجود مظهر خارجي يجعله معذورا في أن يعتقد أن للسيد سلطة تعيين العاملين بالشركة ، وكان وضع الأخير في الشركة على ذلك النحو الذى لا يشكل أى خطأ من جانبها مما ينأى به عن توافر ذلك المظهر ، وكان مؤدى ذلك هو

انتهاء صفة الوكيل الظاهر أو المدير الظاهر عنه ، فإن الدفاع الذى يتمسك به الطاعن يكون دفاعا لا سند له من القانون وغير مؤثر فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه وبالتالي يكون النعى على الحكم بالقصور لإغفاله ذلك الدفاع غير منتج " .

(طعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٢)

٣ - (أ) - " الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين الوكيل والموكل - مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن انصراف أثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ فى ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه فى التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم للغير ويجعله معنورا فى اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما ، إذ يكون من حق الغير حسن النية فى هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسك بانصراف أثر التعامل - الذى أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل - إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما - وهى غير موجودة فى الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ الذى من شأنه أن يخدع الغير حسن النية فى نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ويجمله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم إلزام الأصيل بالتعويض عن هذا الخطأ من جانبه ، ولما كان الأصل فى التعويض أن

يكون عينيا . كلما كان ممكنا فإن سبيله في هذه الحالة يكون يجعل التصرف الذى أجراه الغير حسن النية نافذا في حق الأصل - وإذا كان ذلك وكان مؤداه أنه يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية من آثار فيما بين الموكل والغير ، بحيث ينصرف إلى الموكل أثر التصرف الذى عقده وكيله الظاهر مع الغير " .

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

(ب-) " إذ يبين من مطالعة أوراق الطعن - أن محكمة الموضوع قد استخلصت من الوقائع الثابتة بالأوراق ومن القرائن المقدمة إليها وظروف الأحوال أن عقد الإيجار المحرر للمطعون عليه عن شقة النزاع صادرة من محام كان هو الوكيل عن الطاعن في التأجير وأنه هو الذى قام فعلا بتأجير جميع شقق العقار الواقع به شقة النزاع إلى مستأجرها وتحصيل أيجارها - ورتبت المحكمة على ذلك أن المحامي المذكور هو وكيل ظاهر عن الطاعن في تأجير شقة النزاع إلى المطعون عليه ومن ثم ينصرف أثر العقد إلى الطاعن وكان قيام الوكالة الظاهرة في هذا الخصوص مما يجوز إثباته بالقرائن . ولما كان ما استخلصته محكمة الموضوع من ذلك وعلى نحو ما سلف بيانه - قيام مظهر خارجي منسوب للطاعن كان من شأنه أن أوهم المطعون عليه وجعله معذورا في اعتقاده بأن هناك وكالة قائمة بين المؤجر له وبين الطاعن، وكان هذا الاستخلاص منها وفي حدود سلطتها الموضوعية سائغا ومؤديا لما انتهت إليه وكافيا لحمل قضائها . فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه على غير أساس " .

(طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

٤- "ولئن كانت التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ، يترتب عليها ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي ، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة ، ويحتج بهذه التصرفات على صاحب المركز الحقيقي ... إلخ".

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ في جلسة ١٩٨١/١٢/٢١)

ومن أمثلة تحقق الوضع الظاهر :

- ١- أن تكون الوكالة غامضة العبارة تحتمل التفسير الذي ذهب إليه الوكيل فجاوز به حدود الوكالة .
- ٢- أن تكون هناك تحفظات أو اتفاقات سرية لا يعلم بها الوكيل.
- ٣- أن يكون مدير الشركة الذى جاوز حدود اختصاصه إنما باشر في الواقع عملاً يدخل في المألوف من اختصاصات مديري الشركات فلم يجد الغير الذى تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحرى والتثبت^(١).
- ٤- أن يستعاقب مندوب إحدى شركات الأقطان في القرى مع مزارع على شراء محصوله وتحريره العقد على مطبوعات الشركة ، مع علم الكافة بصلته بالشركة^(٢).

(١) السنهوري ص ٧٨٧ .

(٢) استئناف المنصورة في ١٩٦٠/١/٣٠ في القضية رقم ٤٣ تجارى لسنة ١٠ ق

(مشار إليه في جمال مرسى بلر ص ٢٦٥) .

- ٥- إعطاء الموكل الوكيل توكيلاً على يابض ، فبملاً الوكيل هذا التوكيل بما يجاوز حدود الوكالة المتفق عليها بينهما .
- ٦- أن يحرر الدائن مخالصة فيسرقها آخر ويقدمها لقبض الدين .
- ٧- إذا كان التوكيل باطلاً أو قابلاً للإبطال إذ لا يستطيع الغير التحقق من سلامة التوكيل .
- ٨- عزل الوكيل دون أن يتخذ الموكل الاحتياطات الكافية لإعلان عزله .
- ٩- انتهاء مهمة الوكيل دون أن يسترد منه الموكل سند وكالته .

الشرط الرابع:

أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه في ظهور الشخص بمظهر الوكيل :

يشترط أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه - سلباً أو إيجاباً- في ظهور الوكيل بمظهر الوكيل الذي يتعاقد في حدود الوكالة ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة .

وهذا الشرط أخذت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق " هيئة عامة " بملسة ١٩٨٦/٢/١٦ ، في مجال إرسائها لقاعدة عامة للوضع الظاهر ، كما أخذت به من قبلها بعض أحكام دوائر النقض .

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر أنه :

" وحيث إنه مما ينعاها الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسييب، وفي بيان ذلك يقولون إن الحكم أقام

قضاءه على سند من عدم نفاذ عقود الإيجار الصادرة من ابنة المطعون عليها الأولى إلى الطاعنين في حق مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخيرة، لتقصيرهم في التأكد من صفة الموجر لهم ، ولو كانوا حسن النية ، في حين أنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بنفاذ تصرفات المالك الظاهر في حق المالك الحقيقي متى كان من صدر إليه التصرف حسن النية ، وكانت المظاهر العامة من شأنها أن تولد لديه خطأ شائعا بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحق فيما أجراه من تصرفات .

وحيث إن هذا النعى في محله ، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه - نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، في مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين آفة الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب ، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن " (١) .

(١) ومن الأحكام الصادرة من دوائر محكمة النقض التى أخذت بهذا المبدأ :

طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢١ طعن رقم ٥٣ لسنة -

وقد تبنت دوائر المحكمة هذا القضاء فيما بعد . وعلى سبيل المثال
قضى :

١- بتاريخ ١٠/٥/١٩٨٩ في الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٦ ق بأن:

" إذا كان الغير المتعاقد مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين
الوكيل والموكل مما يوجب عليه في الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل
معه بالنابة عن الأصيل وانصراف أثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير،
إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن
انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه بأن يكشف عن مظهر
خارجي منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذورا في
اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما ومن حق الغير حسن النية في هذه
الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذي أبزمه مع من اعتقد بحق أنه
وكيل - إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما - وهي

= ٣٧ ق جلسة ١١/٣٠/١٩٧١ - طعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٢/

١١/١٩٧٥ - طعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢٩/١٢/١٩٧٩ - طعن

رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢١/١٢/١٩٨١ - طعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٢

ق جلسة ٩/١/١٩٨٤ - طعن رقم ١٩٥١ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٨/٣/١٩٨٤ .

وهناك بعض أحكام النقض التي رفضت الأخذ بنظرية الوضع الظاهر ،

وقصرتها على ما ورد بشأنه نص .

ومن هذه الأحكام : طعن رقم ٤٠١ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٩/٣/١٩٧٩ -

طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ ق جلسة ٢٧/٥/١٩٨٢ - طعن رقم ١٤٢ لسنة

٤٩ ق جلسة ١٦/٦/١٩٨٣ .

غير موجودة في الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة، ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل في هذا الصدد يشكل في جانبه صورة من صور الخطأ التي من شأنها أن تخدع الغير حسن النية في نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ودفعه إلى التعامل معه بهذه الصفة وهو أمر يقتضي أن يكون ما نسب إلى الأصيل سابقا على إبرام العقد بشرط أن يكون موديا إلى خداع الغير وأن يكون هذا الغير حسن النية في اعتقاده وأن يكون الإيهام السدي دفعه إلى التعاقد قد قام على ميررات اقتضتها ظروف الحلال بحيث لا تترك مجالاً للشك والإيهام ، وكل فعل يأتيه صاحب الوضع الظاهر- دون اشتراك الأصيل- لا يتحقق به فكرة الوكالة الظاهرة عن الأصيل ولو كان موديا بذاته إلى خداع الغير ، وتستقل محكمة الموضوع بتقدير المظاهر المودية إلى قيام الوكالة الظاهرة بشرط أن يكون بأسباب سائفة ومودية إلى ما انتهت إليه " .

٢- بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢٧ في الطعن رقم ١٩٣٧ لسنة ٥٥ ق بأن:
"المقرر أن تصرفات صاحب المركز الظاهر إلى الغير حسن النية لها نفس آثار تصرفات صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المركز للحقيقة وكان صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه " .

٣- بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٣٠ في الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٥٨ ق بأن :
"المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كانت العقود لا تنفذ إلا في حق عاقيدها ، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات

بشأنها ، إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة ، وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول دون وصفها بالاستثناء ، وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، وموداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة مقتضاه نفاذ المتصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق " .

ومن أمثلة الخطأ الذي يسهم به الموكل في ظهور الشخص بمظهر الوكيل الذي يتصرف في حدود وكالته ، أن يكون قد أساء اختيار وكيله ، أو أهمل في الإشراف عليه أو إذا كانت الوكالة التي عقدها مع الوكيل غامضة العبارة ، أو كانت واسعة المدى في ظاهرها ولكنها مقيدة في حقيقتها لقيود لا يستطيع الغير الذي يتعامل مع الوكيل معرفتها . أو كانت هناك شروط تحفظية واتفاقات سرية لا تستفاد من عقد الوكالة ذاته .

أو إذا كانت الوكالة قد انتهت ومع ذلك لم يسترد الموكل سند الوكالة من الوكيل . أو لم يتخذ الاحتياطات الكافية للإعلان على انتهاء الوكالة .

آثار توافر شروط الوكالة الظاهرة

٣٦٣ (أ) - فيما بين الموكل والغير :

إذا توافرت شروط الوكالة الظاهرة الأربعة سالفة الذكر ، ترتبت عليها آثار الوكالة الحقيقية . فيما بين الموكل والغير . فيسرى التصرف الذى أبرمه الوكيل مع الغير قبل الموكل ، ويكون لكل من الموكل والغير مطالبة الآخر بالالتزامات الناشئة قبله من عقد الوكالة .

وانصرف أثر الوكالة الظاهرة إلى الموكل ، هو حق للغير ، وليس واجبا عليه ، فهو مقرر لصالحه ، استقرار للتعامل الذى تم على أساس الوضع الظاهر الخاطئ ، ومن ثم جاز له النزول عن هذا التصرف ، وفي هذه الحالة لا ينصرف التصرف الذى أجراه الوكيل الظاهر إلى الموكل .

٣٦٤ (ب) - فيما بين الموكل والوكيل الظاهر :

إذا كان الوكيل الظاهر حسن النية ، بمعنى أنه رغم أنه جاوز حدود الوكالة حقيقة ، فإنه كان يعتقد أنه يعمل فى حدود الوكالة ، أو رغم أن الوكالة كانت باطلة ، فإنه كان يعتقد أن الوكالة صحيحة ، فلا مسئولية عليه قبل الموكل ولا يجوز للأخير الرجوع عليه بشمة تعويض .

غير أنه يراعى أنه إذا كانت الوكالة قد انتهت بأحد الأسباب التى تنهى الوكالة دون أن يعلم به الوكيل ، فإن الوكالة تبقى قائمة ، وتكون الوكالة حقيقية وليست ظاهرة .

أما إذا كان الوكيل الظاهر سعى النية ، بمعنى أنه كان يعلم أن الوكالة غير قائمة ، بأن تجاوز حدودها أو أنها انتهت أو كانت باطلة ،

ومع ذلك أقدم على التصرف مع الغير ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ تقصيريا قبل الموكل يستوجب التعويض عملا بالمادة ١٦٣ مدني .
ويكون التعويض عما لحق الموكل من ضرر من جراء انصراف أثر التصرف الذي أبرمه الوكيل مع الغير إليه .
وإذ كان تحقيق الوكالة الظاهرة هو مما يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان تحقيق قيام الوكالة الظاهرة هو مما يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٣٦٥- الأساس القانوني لنظرية الوكالة الظاهرة :

تعددت الآراء في تحديد الأساس القانوني لنظرية الوكالة الظاهرة .
فذهب رأى إلى إقامة الوكالة الظاهرة على أساس المسؤولية المبنية على الخطأ . وذهب رأى ثان إلى أن أساسها تحمل التبعة . وذهب رأى ثالث إلى أنها تقوم على أساس المسؤولية عن أعمال الوكيل .
والرأى الأول الذى يؤسس الوكالة الظاهرة على أساس المسؤولية المبنية على الخطأ ، يرجع هذا الخطأ إلى الموكل لأنه أخطأ فى خلق المظهر الخارجى للوكالة الذى انخدع به الغير ، وذلك على النحو الذى أوضحناه بالأمثلة الواردة فى الشرط الرابع من شروط الوكالة الظاهرة . وأن هذا الخطأ يستوجب التعويض ، وخير تعويض هو التعويض العيني فينصرف أثر التصرف الذى عقده الوكيل الظاهر إلى الموكل ^(١) .

وهذا الرأي هو الذى اعتنقه الحكم الصادر من الهيئة العامة لأمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض فى الطعن رقم ٦٢٨ لسنة ٥٤ ق (هيئة عامة) جلسة ١٦/٢/١٩٨٦ وأخذت به قبل ذلك بعض الدوائر المدنية فى الطعنين رقمى ٨٧٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٢/٢٩/١٩٧٩ ، طعن رقم ٦٣٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١١/٢٢/١٩٧٥ منشورين (بالشرط الرابع من شروط الوكالة الظاهرة بند ٣٦٢) .

٢٦٦- مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله :

الأصل أن الموكل لا يكون مسؤولاً عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله ، لأن الوكيل ينوب عن الموكل فى التعاقد مع الغير فىصرف إليه آثار هذا التعاقد ، ولكنه لا ينوب عنه فى الخطأ الذى يرتكبه .

وعلى ذلك إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة وتعاقد مع الغير حسن النية دون أن تتوافر شروط الوكالة الظاهرة فإن الغير يرجع بالتعويض على الوكيل دون الموكل . وإذا كان الوكيل مفوضاً فى بيع منقول وتسليمه ، فبإبعائه وبسببها من تسليمه اختلسه ، كان مسؤولاً قبل المشتري عن هذا الاختلاس . أما الموكل فيكون مسؤولاً أيضاً عن عدم تسليم المبيع للمشتري ، ولكن لا بموجب مسؤولية تثبت فى جانبه على خطأ الوكيل ، وإنما بموجب البيع الذى عقده الوكيل باسمه فانصرف أثره إليه إذ أصبح ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري^(١) .

(١) السنهاورى ص ٧٩٧ وما بعدها - المستشار فتحيه قره ص ٥٣ وما بعدها .

ومع ذلك يكون الموكل مسئولاً نحو الغير عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسؤولية التقصيرية، وكذلك في حدود قواعد الوكالة ذاتها. أما في حدود قواعد المسؤولية التقصيرية، فإن الموكل يسأل عن خطأ الوكيل إذا ارتكب هو خطأ جر إلى خطأ الوكيل، كان أهمل في رقابته حيث تجب عليه هذه الرقابة أو كان الخطأ الذي ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذا لتعليمات تلقاها منه، ويكون الموكل في هذه الحالة مسئولاً عن خطئه الشخصي لا عن خطأ الوكيل.

وكذلك يسأل الموكل عن خطأ الوكيل إذا كان الوكيل مرتبطاً به ارتباط التابع بالمتبوع، كان يكون خادماً عنده أو مستخدماً في متجره، ويكون الموكل في هذه الحالة مسئولاً عن خطأ الوكيل مسؤوليته عن التابع، ويستفزع على ذلك أن تكون الشركة مسئولة عن خطأ مديرها الذي يعد وكيلاً عنها، باعتباره مرتبطاً بها ارتباط التابع بالمتبوع.

وأما في حدود قواعد الوكالة ذاتها، فلما كان التصرف الذي يبرمه الوكيل باسم الموكل إنما يبرمه بإرادته هو فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصل، كما أنه يعتد بشخص الوكيل في العلم بظروف من شأنها أن تؤثر في هذا التصرف، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا ارتكب الوكيل تدليساً جر الغير إلى التعاقد معه، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال، ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض على الوكيل والموكل، أيضاً كما لو كان التدليس قد صدر منه هو.

كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذى تعاقد معه للإضرار بحقوق
دائى هذا الغير أو تواطأ معه على الصورية ، فإنه يعتد بهذا التواطؤ
ويكون الموكل مسؤولاً عنه فيمتد أثره إليه ، ومن ثم يجوز لدائى الغير أن
يطعنوا فى التصرف بالدعوى البوليصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصورى
طبقاً لقواعد الصورية وذلك كله فى مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ
الوكيل مع الغير قد صدر منه هو ^(١).

(١) السنهورى ص ٧٩٩ وما بعدها - المستشار فتحيه قره ص ٥٣ .

موضوع رقم (٢٥)

(الوكيل المسخر " الذى يعمل باسم مستعار")

٣٦٧- المقصود بالوكيل المسخر " الذى يعمل باسم مستعار" :

القاعدة أن الوكيل يعمل دائما لحساب الموكل وحينئذ تكون تلك الوكالة نيابية وهى وكالة مكشوفة . ومع ذلك فقد يرى الموكل أن يخفى اسمه فى التصرف الذى فوض فيه الوكيل ، فيشترط فى عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى ، ويسخره فى ذلك مستعيرا اسمه . وتسمى الوكالة فى هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار .

كما أن الوكالة النيابية التى يعمل فيها الوكيل باسم الموكل باعتباره نائبا عنه ، تسمح للوكيل بأن يتعاقد باسمه إذا اختار ذلك ، وعندئذ يصبح فى حكم المسخر أو الاسم المستعار وإن كان يفعل ذلك من تلقاء نفسه لا بناء على تسخير الموكل . وتكون الوكالة فى الحالتين وكالة دون نيابة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة ، وباعتباره عمالا بسند الدين موضوع النزاع ممن صدر له هذا السند ثم رفع الاستئناف باسمه أيضا عن الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعواه، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه أيضا فى الحكم الاستئنافى فإن طعنه يكون جائزا - ولا يغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح فى مذكرته الشارحة

بأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل أو أن تكون الحوالة قد ارتدت إلى المحيل باتفاق لاحق أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريراً لأمر مشروع في ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعاره الطاعن اسمه في الطعن استمراراً للخصومة التي تولاهما باسمه أيضاً في مراحلها السابقة . وليس في القانون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما".

(طعن رقم ٩٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٤/١)

٢- " من يعبر اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه لشيء وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة ... إلخ " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦)

٣- " مفاد نصوص المادتين ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدني أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد ... إلخ .

(طعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

٤- "النص في المادة ٧١٣ ، والمادة ١٠٦ من القانون المدني يدل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً ، ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله في إبرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل ، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر" .

(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ قى جلسة ١٩/١٠/١٩٧٦)

٥- " النص في المادة ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدني يدل- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله في إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر " .

(طعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ قى جلسة ١٦/١/١٩٨٥)

٣٦٨- الوكالة بالعمولة في قانون التجارة تقابل التسخير في القانون

المدنى :

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " متى كان الوكيل بالعمولة قد تعاقد لحساب موكله باسم نفسه فإن الموكل يبقى أجنبيا عن العقد ولا تنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيز لأحدهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة " .

· (طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣)

٢- (أ)- " مفاد نص المادة ٨١ من قانون التجارة أن الوكيل بالعمولة فرد أو شركة يتعاقد مع الغير أصيلا فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير النذى يتعاقد معه ولكنه في حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد " .

(ب)- " الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع في انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة في القانون المدنى فيما عدا ماتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة ... إلخ " .

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٦ ق (تجارى) جلسة ١٩٨٣/٤/١٨)

٣٦٩- تمييز تسخير الوكيل عما يقتلظ به :

١- التقرير بالشراء عن الغير :

المقصود بالتقرير بالشراء عن الغير ، شرط يتفق عليه بين البائع والمشتري يحول الأخير عيارا بين أن يستبقى الصفقة لنفسه وبين أن يحل غيره فيها ، ويلتزم البائع بقبول نتيجة اختيار المشتري أى بارتباطه بأحكام البيع إما إزاء المشتري نفسه وإما إزاء الشخص الذى يعينه المشتري لذلك حسب اختياره^(١).

(١) سليمان مرقس في عقد البيع ص ١٩٤ .

وأوجه الاتفاق بين التسخير والتقرير بالشراء عن الغير أن الوكيل في كليهما لا يعلن اسم الموكل ولكن الوكيل في التقرير بالشراء عن الغير يعلن أنه يشتري لنفسه أو لغيره . وقد يحتفظ بالصفة لنفسه وعندئذ يكون أصيلا في الشراء لا وكيلا . أما في التسخير فالوكيل يشتري حتما لحساب غيره ويلتزم بنقل الصفة إلى هذا الغير ، ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه .

كما أن الوكالة بالتسخير تكون قائمة وقت إبرام الوكيل العقد الأصلي . بينما الغالب في التقرير بالشراء عن الغير ألا توجد صلة بين المشتري الأصلي والمشتري النهائي وقت إبرام العقد الأصلي بل قد يجهل المشتري الأصلي في ذلك الوقت وجود المشتري النهائي ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تنافرا ، فإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد

(١) سليمان مرقس في عقد البيع ص ١٩٤ .

البيع الأول- وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير- إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٩)

٢- الوعد ببيع شئ :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول في الزائدة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم وأن المعار اسمه لا يملك في حق الأصيل - هذا التحدى محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه معبرا اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزاد إنشأ وعد المدين بأن يبيع له الأيطان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصاريف فذلك لا يصح التحدى به في إنكار الملكية على الراسي عليه المزاد " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٩)

٣- المسخر الذى يعمل باسمه الشخصى :

صورة المسخر الذى يعمل باسمه الشخصى ، أن يشتري - مثلا- شخص أرضا باسم ابنته ، فتكون البنت هى المالكة الحقيقية للأرض ، ولا تلتزم بنقل ملكيتها للأب كما يلزم الوكيل المسخر . ولا ينتفع الأب من الصفقة انتفاعا شخصيا إلا بمقدار ما ينتفع به الأب عادة بمال أولاده . وإنما قصد الأب من تسخير ابنته في الشراء باسمها أن يتفادى لو أنه اشترى الأرض باسمه ، أن يرثه غير ابنته من أقارب ، لأن ليس له أولاد

ذكور . أو يتفادى أحكام تحديد الملكية الزراعية الواردة في قانون الإصلاح الزراعي^(١).

٣٧٠- أمثلة لأسباب التجاء الموكل إلى تسخير الوكيل :

قد يلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل لأسباب كثيرة يرى أنها تحقق صالحاته ، غير أن هذه الأسباب قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة . ونعرض فيما يلي لأمثلة لهذه الأسباب .

(أ) - الأسباب المشروعة :

١- أن يسخر المشتري (الموكل) في المزاد وكيلا عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصي لا باسم الموكل. وذلك لأنه يريد أن يخفي الصفقة عن الجمهور ، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه في جلسة المزاد أن يتقدم مزادون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى. والتسخير في هذا المثال لغرض مشروع ، لأنه ضرب من ضروب الصورية ، والصورية وحدها ليست سببا في بطلان التصرف .

٢- أن ينزل صاحب الحق عن حقه المتنازع فيه لمسخر يرفع الدعوى باسمه الشخصي ، ويتفادى الخصم الحقيقي بذلك أن يظهر اسمه في المنازعات القضائية ، ويلتزم المسخر، إذا كسب الدعوى بأن ينقل الحق الذي كسبه إلى الخصم الحقيقي .

٣- أن يوكل الزوج زوجته وكالة مسترة في شراء عقار أو منقول ، أو توكل الزوجة زوجها وكالة مسترة في ذلك .

(١) السنهوري ص ٨٠٥ هامش (١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضى بتثبيت ملكية المطعون ضده الأول للعقار محل النزاع محمولا في أسباب على مجرد القول بثبوت الوكالة المسترة للزوجة الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها وأن في ذلك ما يكفى لاعتبار الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى إجراء إذ لا يحتاج لكي يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه إلى تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية ، وكان هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه في هذا الخصوص لا ينطبق على واقع الدعوى إذ هو يصدق على حالة ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعبر اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهى وإن انتقلت إلى الوكيل في الظاهر إلا أن انتقالها في الحقيقة يعتبر لحساب الأصيل فيصبح في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية إليه ، وإذا كان الثابت من مدونات الحكم أن عقد البيع الذى تعلق بعقار لم يسجل بعد فلا تكون ملكية المبيع قد انتقلت إلى الزوجة الطاعنة التى أبرمته بطريق الوكالة المسترة بل هى لا تزال باقية على ذمة الشركة المطعون ضدها الثانية بائعة العقار ويكون ما انصرف إلى الأصيل المطعون ضده الأول هى الحقوق الشخصية وليدة عقد البيع الذى لم يسجل ، وهذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه أيضا تملك المطعون ضده الأول لما أقامه في الأرض المبيعة من مبان ذلك أن حق القرار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل ، أما قبل تسجيل سند المشتري الباقى فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم

الاتصاق نظير تعويض المشتري عنها تطبيقاً للقاعدة المنصوص عليها في المادة ٩٢٥ من القانون المدني ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت ملكية المطعون ضده الأول رغم عدم توافر السبب القانوني المودى إلى التملك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

(طعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

(ب) - الأسباب غير المشروعة :

القاعدة أنه إذا كان الغرض من التسخير غير مشروع، فإن التسخير يكون باطلاً. ويشمل البطلان عقد الوكالة المستر والتصرف الذي باشره الوكيل باسمه الشخصي تنفيذا لعقد الوكالة والتصرف الذي نقل به الوكيل الحق للموكل .

ويستطيع الغير حسن النية الذي تعاقد مع المسخر أن يثبت التسخير بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن ، ويتمسك بالبطلان ضد طرق عقد التسخير. ولكن طرق التسخير لا يستطيعان التمسك بالتسخير قبل الغير حسن النية وذلك وفقاً لقواعد الصورية^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التسخير غير قاصر على التصرفات القانونية وحدها ، بل يجوز في الخصومة والإجراءات القضائية أيضاً إلا إذا قصد به التحايل على القانون فيكون غير مشروع " .

(طعن رقم ٢٢٠٩ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٧/١/٢١)

(١) السهوري ص ٨٠٦ وهامش (١) .

ومن أمثلة الأسباب غير المشروعة ما يأتي :

١- مخالفة ما تنص عليه المادة ٤٧٩ مدني التي تجرى على أن :
"لا يجوز لمسن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوبا عليه في قوانين أخرى" . وعلى ذلك يقع باطلا تسخير المدين المحجوز على ماله شخصا يتقدم في المزاد لشراء المال المحجوز عليه ، ويتصرف أثر البطلان أيضا إلى التصرف الذي باشره الوكيل باسمه الشخصي لتنفيذ الوكالة ، وأيضا التصرف الذي نقل به الوكيل الحق للموكل .

٢- التسخير بالمخالفة للمادة ٤٨٠ مدني التي تجرى على أن : " لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقرير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار " .

٣- التسخير بالمخالفة للمادة ٤٧١ مدني التي تقضي بأن : "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا " .

٤- التسخير بالمخالفة للمادة ٤٧٢ التي تقضي بأن: " لا يجوز للمحامين أن يستعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا " .

٣٧١- اشتراط أهلية التصرف فى الوكيل المسخر:

ذكرنا بصدد أهلية الوكيل أنه يكفى أن يكون مميزا ، أما بالنسبة للوكيل المسخر فإن الأمر يختلف لأنه يعقد التصرف باسمه لا باسم موكله، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الذى يقوم به .

(آثار الوكالة بالتسخير)

٣٧٢- النص القانونى :

المادة (١٠٦) مدنى :

" إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب " .

أولاً : علاقة الوكيل المسخر بالغير

٣٧٢- انصراف أثر التعاقد إلى الوكيل المسخر :

أحالت المادة ٧١٣ مدنى إلى المواد من ١٠٤ إلى ١٠٧ الخاصة بالنيابة فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى يتعامل مع الوكيل . وقد رأينا أن المادة ١٠٦ تنص على أنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائنا أو مدينا ... إلخ " والوكيل المسخر لا يعلن وقت العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصل، وإنما يتعاقد باسمه الشخصى ، ومن ثم فلا تكون هناك نيابة ، ومن ثم فإن أثر العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصل ، وإنما يضاف إلى الوكيل المسخر ^(١).

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٨ وما بعدها.

فإذا كان الوكيل المسخر موكلًا بالبيع ، فإنه يصبح مدينًا بالتسليم ونقل الملكية ، ويصبح دائنًا للمشتري بدفع الثمن .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقّد بطريق التسخير فإنه يكون عقدًا جديًا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالي إلى الموكل والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراه من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦)

٢- " متى ثبت أن المطعون عليه كان معيرًا اسمه للطاعن في عقد البيع وقد تم هذا البيع لمصلحة الطاعن وحسابه ، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتبار أنه هو البائع الحقيقي ، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم الصادر بفسخ هذا العقد حجة عليه - وإن لم يكن مختصمًا في دعوى الفسخ- فكان الشأن شأن الوكيل المستتر في الظاهر ، مع كونه في الواقع شأن الموكل " .

(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩)

٣- " عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي بحيث يظل اسم الموكل مستترًا ويترتب على قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع هذا الغير

إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها قبله كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها إليه " .

(طعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٢)

٣٧٤- استثناءان يردان في القاعدة :

يرد على القاعدة المنصوص عليها بالمادة ١٠٦ مدني والتي تقضى بأنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصليل دائنا أو مدينا، استثناءان نصت عليهما المادة المذكورة ، يكون فيهما الوكيل المسخر نائبا عن الموكل ، بحيث إذا أبرم تصرفا أضيفت آثاره من حقوق والتزامات إلى الموكل دون الوكيل . وعندئذ تسرى الآثار التي ترتبها الوكالة (النيابة) .

وهذان الاستثناءان هما :

الاستثناء الأول :

إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة. نصت المادة ١٠٦ على هذا الاستثناء بقولها : "إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة " .

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ومع ذلك فينبغي التفريق بين صور مختلفة . فالقاعدة التي تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصليل . وهي تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصي ، رغم حقيقة نيابته ، متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغي أن يعلم ، بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع

الأصيل أو نائبه . وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى ، حكما هاما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير وهى التى تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة أو كان لا يستوى عنده التعامل أو مع من فوضه ^(١) .

فهذا الاستثناء يفترض أن الشخص الذى تعاقد مع النائب كان عالما عند التعاقد ، بأن هذا الأخير قد تعاقد معه بالنيابة عن الموكل ، أو فى الأقل كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك ، كأن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشتري سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدمييه . فهنا يعتبر المستخدم أنه قد أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى . إذ أن المشتري كان يعلم عند الشراء بصفته هذه ، أو فى الأقل كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بها . وهكذا فالعلم من المتعاقد الآخر بالنيابة ، أو حتى كون الظروف تلمى عليه حتما أن يعلم بها ، يقعان بمثابة إخطاره بها من النائب ^(٢) . ففى هذه الحالة تضاف آثار العقد إلى الموكل سواء كانت حقوقا أو التزامات ، ولا تضاف إلى الوكيل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٩٦ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٩ - عبد المنعم الصده ص ١٥٠ - وقارن السنهورى ص ٨١٢ وما بعدها فهو يفرق بين الحالة التى ذكرناها فى المتن ، وحالة أخرى هى أن يكون الغير قد قصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع-

الاستثناء الثاني :

أن يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب :

ومثال ذلك أن يزعم شخص شراء منزل أو أرض بصفته وليا على ابنه القاصر ، ويرمى الشراء بالفعل ، دون أن يعلن للبائع صفته هذه ، في هذه الحالة ، إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملا ، فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلًا بينه وبين الابن أو بينه وبين الأب ، فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلًا لحساب ابنه ، كان له ما أراد ، وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه ، إذا أنه لا مصلحة هنا للبائع في عدم التجاوب مع الأب فيما أراده ، ولا دعوى بلا مصلحة ^(١).

ومن الأمثلة على ذلك أيضا المثال الذي ذكرناه في الاستثناء الأول ، وهو ذهاب الشخص إلى محل تجارى لشراء سلعة معروضة به ، إذ يستوى لدى المشتري التعامل مع الأصيل أو الوكيل الذى يقوم بالبيع له .

وتقدير ما إذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ويتخذ فى ذلك معيارا موضوعيا لا معيار شخصيا ، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات ، بل ينظر إلى شخص عادى وهل يستوى عند هذا الشخص فى الظروف التى تم

=الموكل وذلك بالرغم من علمه بأن من يتعاقد معه هو وكيل لا أصيل فلا يكون الوكيل المسخر نائبا عن الموكل وتضاف إليه هو حقوق العقد والتزاماته ، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٧ .

فيها التعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل . ذلك أن المعيار الموضوعي أدعى إلى استقرار التعامل^(١).

وفي هذه الحالة إذا كشف الموكل عن نفسه ، فإن له أن يرجع مباشرة على الغير ، كما يكون للغير أن يرجع عليه وتطبق في هذه الحالة أحكام الوكالة النيابية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "النص في المادة ١٠٦ من القانون المدني على أنه " إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائما أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " ينصرف إلى حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكل ولكنه لا يعلن - وقت إبرام العقد - أنه يتعاقد بصفته نائبا ، ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائما أو مدينا ، ويستثنى من ذلك حالتان ، وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل ، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل وفي هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة على الغير ، كما يكون للغير أن يرجع عليه " .

(١) السهنوري ص ٨١٤ هامش (١) - وعكس ذلك جمال مرسى بدر ص ٢٩٨ فهو يرى الأخذ بالمعيار الشخصي ، تأسيسا على أن المادة مستمدة من القانون السويسري الذي يأخذ بالمعيار الشخصي .

(ب) - " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الثابت بالشكوى الإدارية المقدمة صورتها من الطاعن أنه يدعى أنه استأجر من المطعون عليه الثاني الشقة محل النزاع ولم يثبت بالعقد أنه صدر من المطعون عليه المذكور بصفته وكيلًا عن مالكي العقار ولا يكفي لقيام وكالته أنه ابن لإحدهما ، واستند لهذا في القضاء بطرد الطاعن . وكان هذا الذي أورده الحكم من نفى وكالة المطعون عليه الثاني لأنها لم تذكر في عقد الإيجار ولأن مجرد ثبوته لإحدى المالكين لا تتوافر بها الوكالة لا يكفي لحمل قضائه في هذا الشأن لأن الوكيل يجوز أن يكون مسخرًا فلا يكشف عن صفته في العقود التي يبرمها ومع ذلك تنفذ هذه العقود ويضاف أثرها للموكل في الحالتين - وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل ، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل - المنصوص عليهما في المادة ١٠٦ من القانون المدني ، وقد ترتب على خطأ الحكم هذا أنه حجب نفسه عن بحث توافر شروط الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦ سالفه الذكر بما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب " .

(طعن رقم ١٢٧١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٥)

٢٧٥- علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين :

قد تقوم علاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين بخلاف الغير الذي سخر للتعاقد معه فيعتبر هو المالك أو صاحب الحق .

فإذا سخر لشراء منزل مثلا واشتراه ، كان هو المالك له . وبهذه الصفة يرجع عليه الغير الذى أنفق على المنزل مصروفات ضرورية ، أم مصروفات نافعة طبقا لأحكام المادة ١/٩٨٠ ، ٢ مدنى .

كذلك لو كان الشئ الذى اشتراه الوكيل المسخر منقولا وحجز عليه دائئوه قبل أن تنتقل ملكيته للموكل ، فإن للدائئين أن ينفذوا على المنقول بحقوقهم حتى لو انتقلت ملكيته بعد ذلك للموكل^(١) .

وبالنسبة إلى دائئى الوكيل المسخر ، يعتبر المنزل مملوكا للوكيل ، فيجوز لهم التنفيذ عليه بحقوقهم ، فإذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، استوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه .

ولا يعتبر العقد الصادر إلى الوكيل المسخر سببا صحيحا مكسبا للملكية بالتقادم الخمسى لأنه لم يصدر إليه أصالة وإنما باعتباره اسما مستعارا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد البيع الذى تمسكت الطاعنة بأنه سبب صحيح مكسب للملكية بالتقادم الخمسى لم يصدر إليها أصالة وإنما باعتبارها اسما مستعارا لزوجها فإن مثل هذا العقد لا يعتبر سببا صحيحا يكسبها الملكية بالتقادم الخمسى وذلك لما يشترط فى السند الذى يعتبر سببا صحيحا من أن يكون صادرا إلى المتمسك

بالتقادم ومن ثم يكون ما قرره الحكم المطعون فيه من أن العقد المذكور لم يصدر إلى الزوجة الطاعنة متضمنا الرد على دفاعها آنف الذكر ويكون النعى عليه بالقصور على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

ويلتزم الوكيل المسخر بدفع رسوم نقل الملكية لأنه يعتبر المالك بالنسبة إلى الخزنة . وإذا مات قبل نقل الملكية إلى الموكل ، انتقلت الملكية إلى ورثته والتزموا بضريبة التركات (قبل إلغائها) .

ثانيا : علاقة الموكل بالغير

٣٧٦ - انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر:

رأينا أن المادة ١٠٦ مدني التي تحيل إليها المادة ٧١٣ مدني تقضى بأنه: " إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائما أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب " .

ورأينا أن الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، وإنما يتعاقد باسمه الشخصي ، ومن ثم فإنه لا يكون نائبا عن الموكل وتنصرف إليه هو دون الموكل كافة آثار التصرف من حقوق والتزامات ولا يستثنى من ذلك إلا الحالتين المنصوص عليهما بالمادة وهما: أن يكون من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة،

أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. وعلى ذلك فإن علاقة الغير الذى عقد التصرف مع الوكيل المسخر تكون مع الأخير ولا شأن له بالموكل .

فإذا سخر الوكيل فى شراء عقار ، كان الوكيل هو الدائن فى الالتزام بنقل الملكية والتسليم وضمان الاستحقاق ، وكان هو المدين بأداء الثمن ، ويكون لكل من الوكيل المسخر والغير الرجوع على الآخر فيما له من حقوق .

على أن الموكل وإن لم يكن له حق الرجوع مباشرة بالثمن على الغير (المشتري) إلا أن له الرجوع عليه بطريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه الوكيل المسخر .

وبالمقابل يستطيع الغير الرجوع بماله من حقوق على الموكل عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " مفاد المادة ١٠٦ من القانون المدنى أنه متى تعاقد الوكيل مع الغير باسمه هو دون أن يفصح عن صفته فإن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل فى علاقته بالغير إلا إذا أثبت توافر الاستثنائين المشار إليهما فى المادة المذكورة، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن المطعون عليه إنما تعاقد مع الطاعن باسمه شخصيا وسلم إليه المبلغ موضوع النزاع بهذه الصفة ، وأنه لم يقم دليل من الأوراق على أنه دفعه بوصفه وكيلا

عن الشركة ، مما مؤداه أن الدعوى لم يتوافر فيها أحد الاستثنائين السالفين الأمر الذى لم يكن محل نعى من الطاعن فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً .

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٠)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من يعبر اسمه ليس إلا وكيلًا عمن أعاره ، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئاً ، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا فى أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه فى التظاهر مع أنه فى الواقع شأن الموكل ، وينبنى على ذلك أن الوكيل المستتر فى الشراء لا يكتسب شيئاً من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذى عقده بل تنصرف هذه الحقوق إلى الأصيل ، أما فى علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر على ما تقضى به المادة ١٠٦ من القانون المدنى أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مدينًا إلا فى حالتين هما : إذا كان من المقروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " .

(طعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

٣٧٢- علاقة الموكل بأغيار آخرين :

كما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين بخلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه ، كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين، من هؤلاء :

١- دائنو الموكل .

٢- دائنو الوكيل .

٣- الأشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل فيما اشتراه بطريق التسخير.

(أ) - بالنسبة إلى دائني الموكل :

فبالنسبة إلى دائني الموكل ، فإنه يفرض أن الوكيل سخر في شراء منزل لحساب الموكل ، اعتبر المنزل مملوكا له وباعتبار المنزل مملوكا للوكيل لا يجوز لدائني الموكل أن ينفذوا عليه ، ولكن باعتبار الوكيل ملتزما بنقل ملكية المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل . وإذا تعارض دائنو الموكل مع دائني الوكيل ، فإن دائني الوكيل يستطيعون ، إذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذي ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل ، أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل في مواجهة الموكل نفسه .

أما إذا سخر الوكيل في بيع منزل ، وتمهيدا لذلك نقل إليه الموكل ملكية المنزل ، فإن لدائني الموكل أن يطعنوا في هذا التصرف بالدعوى البوليصية إذا أثبتوا أن هناك تواطؤا بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم . ولا يجوز لهم الطعن بالدعوى البوليصية إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذا لوكالته ، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضا متواطئا مع الوكيل .

(ب) - بالنسبة إلى دائني الوكيل : - في المثال السابق- يستطيع

الموكل استخلاص المنزل منهم إذا هو سجل سند نقل ملكية المنزل

إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنبه بنزع الملكية . وإذا أفلس الوكيل ، فإن كان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنزل إلى الموكل كان هذا الأخير دائنا للتفليسة شأنه في ذلك شأن سائر دائني الوكيل . أما إذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل قبل شهر الإفلاس ، فإن الموكل يستطيع استرداده من التفليسة باعتباره مملوكا له ^(١).

(ح) - بالنسبة إلى من تصرف له الوكيل :

بالنسبة إلى من تصرف له الوكيل في المنزل الذي اشتراه - في المثال السابق - بطريق التسخير ، فإن الموكل يستطيع أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصة باعتباره دائنا للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصرف له إذا كان التصرف بعوض ، ودون حاجة لإثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعا ، وذلك طبقا للقواعد المقررة في الدعوى البوليصة.

ثالثا : علاقة الوكيل المسخر بالموكل :

٢٧٨ - عقد الوكالة المستترة يحكم علاقة الوكيل المسخر بالموكل :

يحدد العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل عقد الوكالة المرم بينهما ، وهو عقد الوكالة المستترة . وهذا تطبيق لقواعد الصورية التي تقضى بأن العقد الحقيقي هو الذي يسرى في العلاقة بين المتعاقدين .

ولما كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي فتنقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، فإن الوكالة المستترة تقضى بنقل آثار العقد من الوكيل المسخر إلى الموكل .

(١) السنهوري ص ٨٢٣ وما بعدها - قبرى الشهاوى ص ٤٣٩ وما بعدها .

والعلاقة بين الوكيل المسخر والموكل كما ذكرنا ينظمها عقد الوكالة المبرم بينهما ، وبالتالي فإن هذا العقد يرتب في جانب كل من الموكل والوكيل المسخر كافة الالتزامات التي يرتهاها عقد الوكالة ، والتي ذكرناها سلفا .

وبالترتيب على ذلك يلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة في حدودها المرسومة ومعافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ويتقدم الحساب ورد ما للموكل في يده بعد انتهاء الوكالة ، كما يلتزم الموكل بدفع الأجر إلى الوكيل إذا كانت الوكالة مأجورة ورد المصروفات التي أنفقها في تنفيذ الوكالة إلى الوكيل ، وتعويضه عما أصابه من ضرر في تنفيذ الوكالة .

ويلتزم الوكيل بنقل الحقوق التي كسبها باسمه ، كما أن على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه من الالتزامات .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصين في هذا المعنى ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ من المشروع تنص على أن: " وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة ، حتى لو كان يعمل باسمه . وعليه بوجه خاص ، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل " . إلا أن هذه الفقرة حذفت في لجنة المراجعة لعدم ضرورتها ^(١) ويبدو أن حذفها جاء اكتفاء بالقواعد العامة -

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٠٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " ويلتزم الوكيل أخيراً بتقديم حساب للموكل عن وكالته عند انقضائها ، وإطلاعه على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها كلما طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه حتى لو كان الوكيل " اسماً مستعاراً " يعمل باسمه الشخصى . وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينزل له عنها " .

كما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ من المشروع التمهيدي تنص على أن : " ٢- ويلتزم الموكل إلى جانب ذلك ، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً " (١) .

إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " أما الالتزامات التي عقدها الوكيل باسم الموكل فهي تنصرف إليه مباشرة والذي عقدها باسمه الشخصى يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها ، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم " (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢١٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٢٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير فهذا بمقتضى حكم القانون لا يغير من علاقته مع الموكل ، فتعتبر الصفقة قد تمت لحساب الموكل. وكل ما فى الأمر أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه . فإذا دفع الموكل بأن التكاليف الصادر منه لوكيله بأن يشتري عقارا قد بطل بشراء هذا الوكيل القدر باسمه ، ولكن استخلصت المحكمة وقائع الدعوى ، استخلاصا تودى إليه المقدمات التى أوردتها، أن الوكيل حين حرر عقد الشراء باسمه إنما كان يقوم بتنفيذ الوكالة ، وحكمت بناء على ذلك بإلزام الموكل بدفع الثمن إلى الوكيل مقابل نقل تكليف المشتري من اسمه إلى اسم الموكل فلا يصح النعى عليها فى ذلك " .

(طعن رقم ٦٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٤٣/٤/١٥)

٢- إن من يعبر اسمه ليس إلا وكلاء عن أعاره ، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه ، ومن حيث مسؤوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتات عليه ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه فى الواقع شأن الموكل ، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهرا وباطنا " .

(طعن رقم ٥٥ ، ٧٤ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٢٢)

٣- " عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدى بذاته إلى صورية التوكيل لأن تعامل الوكيل باسمه

مع الغير لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل - وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل في هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال في الوكالة الظاهرة " .

(طعان رقما ٤٥٩ ، ٤٧١ لسنة ٢٦ في جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

٤- (أ) - " من يعبر اسمه ليس إلا وكيلًا عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة - وهذا يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئا ولا يكون له أن يتحجّل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه ، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل معبر الاسم فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة في مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما- ويتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج-

لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه ، إذ يعتبر الأصل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء في علاقة الأصل بالغير .

(ب) - " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقد بطريق التسخير فإنه يكون عقدا جديا ويستتب ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالي إلى الموكل والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قدحال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١١/٢٦/١٩٦٤)

٥- " من يعبر اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل ومن ثم يتمتع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة . وهذا يقتضى أن يعتبر تسجيل البيع الصادر للوكيل المعبر اسمه والذي ترتب عليه نقل الملكية من البائع ، لحساب الأصل ويؤول العقار المبيع إليه وإلى ورثته من بعده بطريق الميراث ذلك أن الحقوق فيما بين الموكل ووكيله الذى أعاره اسمه تكون كلها للموكل دون الوكيل فإذا كان التعاقد يتعلق بعقار كانت الملكية للأصل فيما بينه

وبسين وكيله وإن كانت للوكيل المعير اسمه فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة في مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما وينتج من ذلك أن الأصيل لا يحتاج - لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه - إذ يعتبر الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنما يلزم هذا الإجراء في علاقة الأصيل بالغير " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥)

٦- " متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على أن الثابت من عقد البيع أن الطاعن بصفته نائبا عن المجمع العام لكنيسة المسيح قد اشترى العقار موضوع النزاع لاستعماله صالة للمحاضرات تلحق بكينيسة المسيح بالاسكندرية وأن أثير هذا العقد لا ينصرف إلى الطاعن شخصيا وأن نية المتعاقدين انصرفت إلى إنشاء صالة للمحاضرات تلحق بكينيسة المسيح ورتب على ذلك انتفاء حق الطاعن شخصيا في المطالبة بالملكية وهذا الذى استند إليه الحكم يتفق مع عبارة العقد الواضحة ومن شأنه أن يؤدي إلى ما انتهى إليه ، ولما كان النص يدور حول مناقشة نصوص العقد وتفسيرها على أنها تفيد ملكية الطاعن شخصيا للعقار فإنه لا يعدل أن يكون جدلا

موضوعيا في تفسير العقد مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه " .

(طعن رقم ٤٨١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٤)

٧- لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذى أبرماه فيلتزم الوكيل المسخر بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة ، مما مؤداه أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر في العلاقة بين الوكيل والموكل " .

(طعن رقم ١٤٣٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٨)

٨- " إذا كانت الوكالة بالتسخير - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل الذى يكون اسمه مستترا ويترتب عليها - تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم إعمال العقد الحقيقى في العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر - أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل " .

(طعن رقم ١١٥٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٣١)

كما قضت محكمة النقض أن الحكم الصادر ضد الوكيل المسخر بفسخ عقد البيع الذى عقده يعتبر حجة على الموكل ولو لم يكن خصما في الدعوى.

إذ ذهب بتاريخ ١٩/١٠/١٩٧٦ في الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ ق بأن :

" متى ثبت أن المطعون عليه كان معيراً اسمه للطاعن في عقد البيع وقد تم هذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه ، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتبار أنه هو البائع الحقيقي ، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم الصادر بفسخ هذا العقد حجة عليه - وإن لم يكن مختصاً في دعوى الفسخ - فكأن الشأن شأن الوكيل المستتر في الظاهر ، مع كونه في الواقع شأن الموكل ."
(طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩/١٠/١٩٧٦)

٣٧٩- إجبار الوكيل المسخر على نقل الحقوق الناشئة عن التصرف إلى الموكل :

إذا تقاعس الوكيل المسخر عن نقل الحقوق التي ترتبت على التصرف الذي أبرمه بالتسخير إلى الموكل ، كان للموكل اللجوء إلى القضاء لإجبار الوكيل على ذلك .

وفي الوجه المقابل إذا تقاعس الموكل عن تحمل الالتزامات الناشئة عن التصرف ، كان للوكيل المسخر إجباره على ذلك برفع دعواه إلى القضاء . ويرى الفقه أن نقل الحقوق والالتزامات إلى الموكل ينتج أثره من وقت حصوله بين الوكيل والموكل وليس من وقت تعاقد الوكيل مع الغير ، فليس له أثر رجعي ^(١) .

(١) السهوري ص ٨٣٢ وما بعدها .

إلا أن قضاء محكمة النقض جرى على أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المعبر اسمه ينقل الملكية إلى الأصيل المستر ، فإن أريد الاحتجاج بملكية الأصيل في حق غير الوكيل وجب عندئذ - ولتحقيق هذا الغرض وحده - إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

١ - " الوكيل ، ككل متعاقد ، ملزم قانوناً أن ينفذ ما تعهد به بحسن نية ، فإذا أخل بهذا الواجب رد عليه قصده ، وهو ممنوع قانوناً من أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله . كما أن القواعد الأولية في القانون أن الغش يفسد كل شئ ولا يجوز أن يفيد منه فاعله . فمضى أثبت الحكم أن البيع الصادر من مصلحة الأملاك إلى فلانة إنما تم على أساس الطلب المقدم منها والذي دلت ورقة الضد المؤرخة في ذات تاريخه على أنه قدم في الواقع لمصلحة زوجها ولحسابه ، فلا يكون لها أن تتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة لنفسها من دونه . ويجب أن ترد الأمور إلى نصابها الصحيح بنفاذ ورقة الضد المحتوية على الإقرار الصريح بأن الشراء كان لزوجها وأن ظهورها هي كمشترية لم يكن إلا صورياً . وإذن فالملكية في حدود العلاقة بين فلانة هذه وبين زوجها وورثته من بعده تكون لم تنتقل إليها وحدها بل إليها مع باقي الورثة . أما فيما بينها وبين مصلحة الأملاك البائعة فالأمر مختلف " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٢ - " ليس من يعبر اسمه إلا وكيلا عن أعاره فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المطعون عليها لم تكن في إبرامها عقد الشراء مع آخر إلا اسما مستعارا لزوجها الطاعن فإن مقتضى ذلك اعتبار أن الصفقة فيما بين الزوجين قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا تكسب المطعون عليها منها شيئا ويكون كل ما دفع باسمها من الثمن ورسوم التسجيل قد دفع من الطاعن - إلا أن يثبت أنها قد دفعته له من مالها الخاص فيحق لها استرداده منه طبقاً لأحكام الوكالة باعتباره من النفقات المعقولة التي أنفقها في تنفيذ الوكالة " .

(طعن رقم ٢٧٣ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١١/٢٣)

(راجع أيضاً طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥ - طعن رقم ٤٨١ لسنة ٣٩ جلسة ١٩٧٤/٦/٢٤ منشورين بند ٣٧٨) وإذ اتوفى الوكيل المسخر يجوز إجبار ورثته على تنفيذ التزامات مورثهم.

٢٨٠- إثباتات التسخير :

ثبتت الوكالة المستترة بين الموكل والوكيل المستتر أو المسخر طبقاً للقواعد العامة ، فإذا كانت قيمة التصرف محل الوكالة تجاوز خمسمائة جنيه وجب إثباتها بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، إلا إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي فإذا قلت القيمة عن ذلك جاز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

وإذا كانت الوكالة المسخرة ثابتة بالكتابة ، فإنه لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة ولو لم تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه أما بالنسبة للغير حسن النية التي تعاقده مع الوكيل المسخر ، فله أن يثبت التسخير بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البينة والقرائن. ويتمسك بالبطلان ضد طرفي عقد التسخير .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقا لقواعد الصورية فسر إن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقي الذي يسرى فيما بينهما ، وبالتالي فعلى من يدعى بقيامها أن يثبت وجودها ويكون الإثبات طبقا للقواعد العامة والأصل فيها أنه لا يجوز إثبات عكس ما أثبت بالكتابة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إلا إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، فيجوز في هذه الحالة إثباته بكافة الطرق إعمالا للمادة ٦٣ من قانون الإثبات ، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بشرائه لشقة النزاع مستعيرا اسم المطعون ضدها الأولى تهربا من ديون مستحقة عليه ، وأنه يقيم بتلك الشقة باعتباره مشترئها ، وقدم تدليلا على ذلك بعض إيصالات بسداد جزء من ثمن شقة النزاع وبما يفيد مديونية لبنك مصر بعد وضع الشركة المملوكة له تحت الحراسة ، وكان الطاعن قد تمسك أيضا بوجود مانع أدبي حال بينه وبين الحصول من المطعون ضدها الأولى على دليل كتابي ، وكانت محكمة الاستئناف قد أغفلت هذا الدفاع الجوهرى وقعدت عن إعمال سلطتها في تقدير ما إذا كانت علاقة

الطاعن بالمطعون ضدها الأولى من واقع ظروف الدعوى وملابساتها تعتبر كافية لتقوم مانعا أدبيا بحول دون الحصول على دليل كتابي تمهيدا لإجابة الطاعن إلى طلبه بإثبات حقيقة العلاقة العقدية بينهما بالبينة، واكتفت بما أوردته في حكمها المطعون عليه من قيام الطاعن بدفع ثمن الشقة على فرض صحته لا يؤثر على ثبوت الملكية للمطعون ضدها الأولى وهو ما لا يصلح ردا على دفاع الطاعن الذى لو صح لكان من شأنه أن يغير وجه النظر في الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور وبالإخلال في حق الدفاع بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٧٣٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٦)

موضوع رقم (٣٦)

(انتهاء الوكالة)

(أسباب انتهاء الوكالة)

٣٨١- النصوص القانونية :

المواد (٧١٤ - ٧١٧) مدني :

المادة (٧١٤) :

" تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكّل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ، وتنتهى أيضا بموت الموكّل أو الوكيل " .

المادة (٧١٥) :

" ١- يجوز للموكّل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدّها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكّل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت مناسب أو بغير عذر مقبول .

٢- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى فلا يجوز للموكّل أن ينهى الوكالة أو يقيدّها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه " .

المادة (٧١٦) :

" ١- يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكّل . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكّل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول .

٢- غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل ، وأن يمهله وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه " .
مادة (٧١٧) :

" ١- على أى ونجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف .
٢- وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل " .

٣٨٢- تعداد :

يمكن حصر أسباب انتهاء الوكالة فيما يأتى :

- ١- إظهار أحد الطرفين إرادته فى إنهاء الوكالة .
 - ٢- موت الموكل أو الوكيل .
 - ٣- أحد الأسباب التى تعتبر تطبيقاً للقواعد العامة .
- ونعرض لهذه الأسباب بالتفصيل فيما يلى .

أولاً : انتهاء الوكالة بإرادة أحد الطرفين

٣٨٣- (أ) - عزل الوكيل :

تنص المادة ٧١٥ مدنى على أنه : " يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر يكون الموكل ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول .

على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدھا دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه " .

فلما كانت الوكالة من العقود غير اللازمة من ناحية والتي تبني على الثقة التي يضعها الموكل في وكيله من ناحية أخرى ، كان بديھيا أن يكون للأول أن يسحب ثقته من الوكيل إذا تراءى له ذلك في أى وقت شاء ، لأن الشخص إنما يمنح ثقته طوعا ، فلا يستساغ إكراهه علیھا إذا ترعزعت عقيدته فيمن منحه ثقته .

كما أن الوكيل يتطوع لخدمة الموكل ، فمن الطبيعي أن يكون من حقه أن يتنحى عن أداء هذه الخدمة إذا ناء بعثھا ، أو لم يكن في مقدوره أن يستمر في أدائها .

ولذلك ميز المشرع عقد الوكالة بخاصة استثنائية ، تتعارض مع القواعد العامة ، وهي إمكان إنسائها بإرادة أحد الطرفين المنفردة ^(١) .

وعلى ذلك يجوز للموكل عزل الوكيل متى أراد مستوى أن يكون التوكيل بمقابل أو غير مقابل ^(٢) ، لأن اشتراط المقابل لا يؤدي إلى حرمان الموكل من حقه الطبيعي في أن يغير رأيه فيمن فوض إليه أمره .

وكما يجوز للموكل أن يعزل الوكيل ، فله من باب أولى أن يقيد من وكالته ، كأن يوكله في البيع وقبض الثمن ، ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن ، ويكون هذا عزلا جزئيا من الوكالة .

(١) محمد على عرفه ص ٤١٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٦٧ وما بعدها - محمد على عرفه ص ٤١٧ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الوكالة عقد غير لازم . فللموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة ، وله من باب أولى أن يقيد وكالته " (١).

ويجوز عزل الوكيل ولو لم يثبت خطأ أو إهمال من جانبه .
وليس هناك شكل خاص لعزل الوكيل . فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفى . غير أنه إذا تطلب القانون شكلا معينا لإنشاء الوكالة وانعقادها ، فإن نفس الشكل يجب مراعاته فى إلغائها (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ما يتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها . وإذا لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها عقد الوكالة المدنية وبالتالي فإنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتنحى عن الوكالة فى أى وقت قبل إتمام العمل الموكل إليه وينهى العقد بإرادته المتفردة طبقا للحدود المرسومة بالقانون المدنى . ولما كان مودى ما تقضى به المادتان ٧١٥ و ٧١٦ من القانون المدنى - على ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية - أن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة، كما أن للوكيل أن يتنحى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٣٤ وما بعدها .

(٢) محيى الدين علم الدين ص ٢٣٩ .

عنها قبل إتمام العمل الموكول إليه ، فإذا كانت الوكالة بأجر صح التنحي ولكن يلزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى قد يلحقه إذا كان التنحي بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب " .

(طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٨)

٢- " الوكالة بالعمولة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها ، وإذ لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها عقد الوكالة المدنية وكان مفاد ما تقضى به المادتان ٧١٥ ، ٧١٦ من القانون المدنى - وعلى ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية - أن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل - بإرادته المنفردة - عزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة " .

(طعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥)

والتعبير عن عزل الوكيل قد يكون صريحا ، كما يصح أن يكون ضمنيا يستفاد من أى عمل يأتيه الموكل إذا كان من شأنه أن يكشف عن إرادته عزل الوكيل .

إلا أنه إذا كان العزل ضمنيا فإن يجب أن يثبت قطعا ، ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما .

ومن أمثلة العزل الضمى تعيين الموكل وكيل جديد لنفس العمل الذى يعهد به إلى الوكيل . أو أن يقوم الموكل بنفسه بمباشرة العمل الذى وكيل فيه غيره .

وتنتهى الوكالة السابقة ولو كانت الوكالة الجديدة باطلة ، أو سقطت لعدم قبول الوكيل الجديد ^(١) .

٣٨٤- متى ينتج العزل أثره ؟

سواء كان العزل صريحا أو ضميا ، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل طبقا للقواعد العامة .

ويكفى لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك على يد محضر، ولو كان هذا الإعلان باطلا من ناحية الشكل ، إذ لا يشترط شكل معين فى العزل كما ذكرنا ، وفى رأينا أنه يكفى فى هذا العلم أيضا إخطاره بالعزل بخطاب موصى عليه . أما قبل علم الوكيل بالعزل فتبقى وكالته قائمة . فإذا تعاقد مع شخص حسن النية انصرف أثر العقد إلى الموكل . وحتى بعد علم الوكيل بالعزل إذا تعاقد مع الغير حسن النية ، فإن أثر التعاقد ينصرف أيضا إلى الموكل، ولكن ليس بموجب الوكالة الحقيقية كما فى الحالة الأولى ، بل طبقا لقواعد الوكالة الظاهرة ومن ثم يتعين على الموكل، حتى يكون بمأمن من ذلك ، أن يعلن الأغيار الذين يتعاملون عادة مع الوكيل بعزله لهذا الأخير .

ولقاضى الموضوع سلطة تعيين الوقت الذى قصد الموكل أن يبدأ منه العزل ^(١) .

وقد قضى بأن النشر بالجرائد عن عزل الوكيل لا يحتاج به على من تعامل مع ذلك الوكيل ، لأن نشر الإعلانات بواسطة الجرائد مرخص في مواضع معلومة مذكورة في القوانين . وليس هذا النشر من المطلوب قانونا على العموم بالنسبة إلى الوكالة ^(١).

ولكن يجوز إثبات علم الغير بالبينة والقرائن . وتصرف الوكيل بعد علمه بالعزل لا ينفذ في حق الموكل ، فإن مضى في الوكالة كان هو المسئول عن ذلك ومن ثم لا يرجع بما أنفق من مصروفات على الموكل .

وقد قضت محكمة النقض - بصدد وكالة المحامي - بأن :

١- " ألزم الشارع الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسؤولية إغفال هذا الإجراء فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك سارت الإجراءات صحيحة في مواجهة الوكيل . كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاة الوكيل أو بعزله أو باعتزله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلا مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذي رتبته القانون على غياب الخصم " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٠)

(١) استئناف وطني ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ مشار إليه بالسنيهورى ص ٨٦١ وما بعدها هامش (٣) - وينتقد الدكتور محمد على عرفه ص ٤٢٠ هذا القضاء ويذهب إلى أنه لا يستقيم مع الوضع الذي قرره المشرع بالمادة ١٠٧ مدني .

٢- " إذا كانت المطعون عليها قد أنهت توكيلها إلى عاميها فإنه لم تعد له صفة في تقديم مذكرة أو الحضور عنها في الطعن ولو ادعى بعدم جواز إنهاء الوكالة لصدورها لصالح الغير وذلك دون رضاء منه استنادا للمادة ٧١٥ من القانون المدني ، متى كان المحامي لم يقدم الدليل على صحة هذا الادعاء " .

(طعن رقم ٢٣٨ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

وإذا قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الاعتقاد بأن الوكالة التي تعاقد بناء عليها لا زالت سارية فإن هذه التصرفات تسرى قبله .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر في القانون أن للموكل أن ينهى عقد الوكالة إلا أنه إذ قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الاعتقاد بأن الوكالة التي بناء عليها تعاقد الوكيل مع هذا الغير لا تزال سارية حتى أبرم الوكيل معه تصرفات تعدل العقد الذي سبق أن أبرمه ، فإن هذه التصرفات الأخيرة تنفذ في حق الموكل " .

(طعن رقم ٢٢٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

ويجب على الوكيل رغم عزله أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (١/٧١٧ مدق) ، على نحو ماسرى .

٤٨٥- حالة تعدد الوكلاء أو الموكلين :

إذا تعدد الوكلاء في عمل واحد وعزل الموكل أحدهم أو بعضهم ، فإن ذلك لا يمنع الوكلاء الباقين من الاستمرار في تنفيذ الوكالة ، ولو كان .

تعيينهم بعقد واحد ، لأن سحب الموكل ثقته من أحد الوكلاء لا يعنى ضياع ثقته فى الآخرين . بل إنه يفسر - على العكس - برغبته فى أن ينفرد الوكلاء الباقون بالعمل دون الوكيل المعزول .

وإذا تعدد الموكلون وانفرد أحدهم بعزل الوكيل ، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل . وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين .

أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة ، فإن الوكيل الذى عزله أحد الموكلين لا يعزل ، إذ يلزم فى هذه الحالة اتفاق جميع الموكلين على عزله .
تقييد حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين :

فقدت المادة (٧١٥) مدنى حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين
تعرض لهما فيما يلى :

٣٨٦- الحالة الأولى :

تعويض الوكيل إذا كانت الوكالة بأجر :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدنى على الموكل فى حالة عزل الوكيل المأجور تعويضه عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول .

فيشترط إذن لتعويض الوكيل فى حالة عزله توافر الشروط الثلاثة التالية:

- ١- أن يكون الوكيل مأجورا ، لأن الوكيل غير المأجور يودى خدمة للموكل ، وبالتالي ليست له ثمة مصلحة فى استمرار الوكالة .
- ٢- أن يكون العزل فى وقت غير مناسب ، أو بغير عذر مقبول .

ويكون العزل في وقت غير مناسب مثلاً إذا لم يخطر الموكل الوكيل بالعزل قبل حصوله ، أو إذا اتفق بين الطرفين على إخطار الوكيل في حالة عزله قبل مدة معينة ، فعزله الموكل دون التقيد بهذه المدة .
ويكون العزل بغير عذر مقبول ، إذا كان الوكيل قد أدى عمله بأمانة وكفاءة ولم يدر منه ثمة إهمال أو تقصير .

٣- أن يترتب للوكيل ضرر نتيجة العزل ، وغالباً يتمثل الضرر في حرمانه من باقى الأجر المستحق له عن مدة الوكالة .
ففى هذه الحالة يكون هناك تعسف فى العزل وقع من جانب الموكل .
ويجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على تعويض يدفعه الأول إلى الثانى إذا عزله قبل انتهاء العمل الموكل فيه بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب ، ويعتبر هذا الاتفاق شرطاً جزائياً يخضع لسائر أحكامه .
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " (أ) - إن ما نص عليه فى البند الثالث من عقد الوكالة الصادر من الطاعنة للمحامى - من أنه " لايجوز للطاعنة عزل مورث المطعون ضدهم من عمله طالما كان يقوم به طبقاً للأصول القانونية فإذا عزلته قبل انتهاء العمل دون سبب يدعو لذلك التزمت بتعويض اتفاقى لايقبل المجادلة مقداره ٥٠٠٠ ج يستحق دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى " هو اتفاق صحيح فى القانون ولا مخالفة فيه للنظام العام لأن الوكالة بأجر وهو صريح فى أنه شرط جزائى حدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد طبقاً لما تقضى به المادة ٢٢٣ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ فى جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

(ب)- " تقضى المادة ٢٢٤ من القانون المدنى بأنه " لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصيلى قد نفذ فى جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السلبقتين " ، وإذا كان قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذى يحكم واقعة الدعوى لايمنع من تطبيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله فى حالة عزله من الوكالة ، لما كان ذلك ، فإن مبلغ ال ٥٠٠٠ ج المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبين الطاعنة كشرط جزائى على إخلالها بالتزامها بعدم عزله قبل إتمام العمل دون سبب يدعو لذلك لايكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر ، وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مستحقا فإنه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين مرره المنصوص عليه فى المادة ٢٢٤ من القانون المدنى ، وإذا قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتبار أنه تعويض اتفاقى محدد لا يقبل المجادلة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، وقد حجبه ذلك عن إخضاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١).

ويقع على عاتق الوكيل إثبات توافر الشروط سالفة الذكر ، لأن الأصل أن الوكيل لا يتقاضى تعويضا عن عزله ، فإذا طالب بالتعويض وجب عليه أن يثبت السبب القانونى الذى يستحق من أجله التعويض .

والقاضي يستقل بتقدير التعويض الجابر لما حاق بالوكيل من ضرر .
وقد يرى القضاء له بباقي الأجر الذي لم يتقاضاه كله أو بعضه .
والقواعد العامة لاثمول دون تعويض الوكيل المأجور أو غير المأجور ،
إذا كان العزل قد تم على نحو يلحق الضرر الأدبي به ، بالإساءة إلى سمعته^(١) .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " النص في المادة ١/٧١٥ من القانون المدني ، يدل على أنه
وإن كان للموكل أن يعزل الوكيل في أى وقت ، إلا أنه في حالة الوكالة
بأجر يحق للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر
بسبب عزله إذا كان في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، ولما كان
يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بإلزام الطاعنة بالتعويض على
أنها أنهت الوكالة في وقت غير مناسب لأنها أخطرت المطعون
عليه بفسخ العقد مخالفة لشروطه التي توجب أن يكون الإخطار قبل انتهاء
المدة بثلاثة أشهر ، وأنها بذلك تكون قد أساءت استعمال حقها في
إنهاء عقد الوكالة وهو ما يكفي لإقامة الحكم على أساس قانون سليم
في قضاؤه بالتعويض ، ومن ثم فإنه لا يكون في حاجة بعد ذلك إلى بحث
التعويض على أساس إنهاء الوكالة بغير عذر مقبول ، لأن أحد
الأساسين وحده يكفي وحده بالتعويض " .

(ب) - " متى كانت المحكمة قد قدرت الضرر الذي لحق المطعون عليه -
وكيل بالعمولة لتوزيع منتجات شركة البيرة الطاعنة - من إنهاء

(١) أكرم الخولي ص ٢٤٨ - السنهوري ص ٨٦٣ هامش (٣) .

الوكالة في وقت غير مناسب بمبلغ ألفى جنيه منها ألف جنيه مقابل ما فاتته من عمولة عن سنة ١٩٥٩ مستهدية في ذلك بالعمولات التي تقاضاها عن السنوات السابقة وألف جنيه مقدار ما لحقه خسارة بسبب الاستيلاء على مستودعه وتأمين الزجاجات الفارغة والتعويضات التي دفعها لعماله ، وهو ما يتضمن الرد على دفاع الطاعنة - بأنه لم يلحق الوكيل ضرر - لأنه مازال يتعامل معها بصفته صاحب مقهى وبار - لأن إنهاء الوكالة قد أضاع على المطعون عليه العمولة التي كان يحصل عليها وهي بخلاف الأرباح التي يجنيها من بيع البيرة في المقهى والبار قبل وبعد إنهاء الوكالة، الأمر الذي لم ترمعه المحكمة حاجة إلى إحالة الدعوى إلى التحقيق أو الاستعانة بخبير لتحقيق ما تدعيه الطاعنة بهذا الخصوص ، ومن ثم يكون النعى في غير محله " .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩)

٢- (أ) - " نص المادة ٤٤ من قانون المحاماة رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٧ المنطبق على واقعة الدعوى ، مفاده أن أتعاب المحامي المتفق عليها أو البتة تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة تخضع لتقدير القاضى طبقا لما تقضى .
الفقرة الثانية من المادة ٩٠٧ من القانون المدق ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر في رفض طلب الطاعنة استرداد المبلغ على أنه مقدم أتعاب دون أن يستظهر ما إذا كانت هناك ظروف أثرت في الموكل (الطاعنة) تأثيرا جملة على أداء مقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال فيخضعه لتقديره وفقا لما يستصوبه مراعيًا الأعمال التي قام بها الوكيل (مورث المطعون

ضدهم) والجهد الذى بذله وأهميته وثروة الموكل ، ولكنه أغفل ذلك وحجبه عنه تطبيقه حكم المادة ١٢٠ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ خطأ على واقعة الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبيب " .

(ب) - " إن ما نص عليه في البند الثالث من عقد الوكالة - الصادر من الطاعة للمحامى - من أنه " لا يجوز للطاعة عزل مورث المطعون ضدهم عن عمله طالما كان يقوم به طبقا للأصول القانونية فإذا عزله قبل انتهاء العمل دون سبب يدعو لذلك التزمت بتعويض اتفاقى لا يقبل المجادلة مقداره ٥٠٠٠ ج يستحق دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى " هو اتفاق صحيح في القانون ولا مخالفة فيه للنظام العام لأن الوكالة بأجر وهو صريح في أنه شرط جزائى حدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد طبقا لما تقضى به المادة ٢٢٣ من القانون المدنى " .

(ج) - " تقضى المادة ٢٢٤ من القانون المدنى بأنه " لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدعى أن الدائن لم يلحقه ضرر ، ويجوز للقاضى أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدعى أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصيل قد نفذ في جزء منه . ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين ، وإذا كان قانون المحاماة ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذى يحكم واقعة الدعوى لا يمنع من تطبيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله في حالة عزله من الوكالة، ولما كان ذلك فإن مبلغ ال ٥٠٠٠ ج المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبين الطاعة كشرط جزائى على إخلالها بالتزامها بعدم عزله قبل إتمام

العمل دون سبب يدعو لذلك لايكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر ، وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مستحقا فإنه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين ميرره المنصوص عليه في المادة ٢٢٤ من القانون المدنى ، وإذ قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتبار أنه تعويض اتفاقى محدد لايقبل المجادلة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، وقد حجبه ذلك عن إخضاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١)

(د)- " النص في المادة ٧١٥ من القانون المدنى على أن يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة ... ولو وجد اتفاق يخالف ذلك فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول وفى المادة ١٢٠ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الذى يحكم واقعة الدعوى- على أن للموكل أن يعزل محاميه وفى هذه الحالة يكون ملتزما بدفع كامل الأتعاب عن تمام مباشرة المهمة الموكلة إلى المحامى " يدل على أن الموكل وإن كان له أن يسحب ثقته من وكيله المحامى فيملك عزله متى تراءى له ذلك إلا أنه لما كان للوكيل مصلحة فى تقاضى أتعابه فقد وجب ألا يكون الموكل متعسفا فى استعمال حقه فلا يسوغ له عزل الوكيل المحامى فى وقت غير مناسب أو دون قيام ميرر مقبول ، فإذا ما تحقق هذا التعسف التزم بأداء كامل الأتعاب عن تمام مباشرة المهمة الموكلة إلى المحامى " .

(طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

٣٨٧. الاتفاق على إعفاء الموكل من المسؤولية في حالة عزله :

يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على إعفاء الأول من المسؤولية عند عزل الوكيل ، في غير حالى الغش والخطأ الجسيم عملاً بالمادة ٢/٢١٧ مدق .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان النص في المادة ٢١٧ من ذات القانون على أنه ١-
٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم مؤداه أنه - في غير حالى الغش والخطأ الجسيم - يجوز الاتفاق بين طرفي عقد الوكالة على حق الموكل في عزل الوكيل في أى وقت دون أن يكون مسئولاً قبله عن أى تعويض ويعد هذا الاتفاق وارداً على الإعفاء من مسئولية عقدية مما يميزه القانون " .

(طعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥)

٣٨٨. الحالة الثانية :

عدم جواز إلغاء أو تقييد الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى إلا برضاء الوكيل :

أوردت الفقرة الثانية من المادة ٧١٥ من القانون المدق استثناء على حق الموكل في عزل الوكيل في أى وقت كان بما نصت عليه من أنه :
"على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه " .

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة أو تقييدها في حالتين ، الأولى : إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل والثانية إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي ، إلا برضاء الوكيل في الحالة الأولى وبرضاء الأجنبي في الحالة الثانية وتكون الوكالة الصادرة لصالح الوكيل بشأن يوكل المدين دائنه في بيع أحد أمواله أو في تحصيل حق له ليحصل على حقه من ثمرة تنفيذ الوكالة أو توكيل شركة التأمين في توجيه الدعوى المرفوعة على المستأمن الخاصة بالمخاطر موضوع التأمين ، أو إذا وكل الشركاء على الشيوع أحدهم في إدارة العقار الشائع .

غير أنه لا يكفي أن تكون للوكيل مصلحة في استمرار الوكالة كما لو كان وكيلًا مأجورًا بل يجب أن تكون الوكالة صادرة لمصلحته أى أن يكون هدفها هو تحقيق مصلحة كما في الأمثلة السابقة^(١).

ومن أمثلة الوكالة التي تكون لصالح الأجنبي ، أن يوكل البائع المشتري في أن يسدد دينًا على البائع من ثمن الشيء المبيع ، الضامن لسداد هذا الدين .

ومن باب أولى لا يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة في صالح كل من الوكيل والأجنبي كأن يوكل شخص في بيع منزل على أن يستوفى الوكيل من ثمنه دينًا له في ذمة الموكل وأن يوفى دينًا آخر في ذمة الموكل للغير .

(١) أحكام الخولى ص ٢٤٧ .

ويترتب على عزل الوكيل دون بموافقة في هاتين الحالتين ، أن هذا العزل لا يكون صحيحا ومن ثم تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه إلى الموكل^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ... على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيّدان: ... (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي كما إذا كان أحد منهما دائما للموكل ورخص له في استيفاء حقه مما يقع في يد الوكيل من مال الموكل ، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضا من كانت الوكالة في صالحه ، الوكيل أو الأجنبي إلخ " ^(٢).

ويقع على عاتق الوكيل تقديم الدليل على أن الوكالة صادرة لصالحه أو لصالح الأجنبي .

٢٨٩- لا يجوز الاتفاق على عدم عزل الوكيل :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٥ مدني على أنه : " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك " .

فلا يجوز الاتفاق على أن الوكالة لا يجوز إنهاؤها أولا يجوز إنهاؤها قبل وقت معين . ومفاد ذلك أن حق الموكل في عزل الوكيل مما يتعلق بالنظام العام . ويقع باطلا بالتالي أي اتفاق على خلاف ذلك.

(١) السهوري ص ٨٦٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٣٥ .

ويرى البعض أن أساس هذه القاعدة هو أن عقد الوكالة ينشئ للوكيل سلطة في تمثيل الموكل يجب ألا يفلت زمامها من يد الموكل في أى وقت وإلا انقلبت الوكالة إلى تنازل من الموكل عن جانب - صغير أو كبير - من شخصيته القانونية^(١).

وينبئ على ذلك أنه لا يجوز أيضا للوكيل أن يشترط تقاضى تعويض إذا عزله الموكل فإن في هذا تقييد لحرية الموكل في عزل الوكيل . وقد أراد القانون الاحتفاظ للموكل بهذه الحرية كاملة .

(ب) - تنهى الوكيل عن الوكالة . ٢٩٠- الأصل أن للوكيل حق التنهى عن الوكالة :

تنص المادة ٧١٦ مدنى فى صدرها على أنه : " يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك .. إلخ " . فلما كان الوكيل - ولو كان مأجورا - يتطوع بالخدمة فلا يسوغ إجباره على أدائها ، ولذلك كان من حقه أن يقل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبئها أو رغب عن الاستمرار فى تنفيذها . ومن ثم تنتهى الوكالة بتنهى الوكيل . وعقد الوكالة ليس من عقود المضاربة كعقد المقاولة ، ولذلك جاز تعديل أجر الوكيل بالزيادة أو بالنقص لجعله متناسبا مع الخدمة التى أداها ، فيكون للوكيل أن يتنهى عن الوكالة، إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يمضى فى إسناء الخدمة .

(١) أكرم الخولى ص ٢٤٦ وما بعدها .

وتسحب الوكيل عن الوكالة يصدر عن إرادة منفردة من الوكيل، ولم يشترط له القانون شكلا خاصا ، والتعبير عن التسحب قد يكون صريحا كما يكون ضمنيا .

وتوجب المادة ٧١٦ مدني إعلان الموكل بالتنازل . حتى يستعد لمباشرة شعونه بنفسه أو باختيار وكيل آخر يفوض إليه رعاية مصالحه .

وليس من الضروري أن يحصل هذا الإعلان بإنذار صحيح شكلا، بل يجوز حصوله بأي شكل يؤدي إلى علم الموكل بتسحب الوكيل . أو بمجرد خطاب موصى عليه فإذا لم يتم إعلان الموكل بالتسحب عن الوكالة ، فإن الوكالة تظل قائمة ، ويكون الوكيل ملزما بالمضي في أعمال الوكالة .

ويجب على الوكيل رغم انتهاء وكالته بالتسحب أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف عملا بالمادة ١/٧١٧ كما سئرى.

وإذا تعامل الوكيل رغم تسحبه وإعلان التسحب إلى الموكل مع الغير حسن النية ، فإنه تطبق نظرية الوكالة الظاهرة .

٢٩١- تعدد الوكلاء :

إذا تعدد الموكلون وكان العمل محل الوكالة قابلا للتجزئة ، جاز للوكيل أن يتسحب عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الوكلاء دون البعض الآخر .

أما إذا كان العمل محل الوكالة غير قابل للتجزئة ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتسحب عن الوكالة بالنسبة للبعض فقط ، بل يجب عليه التسحب بالنسبة لجميع الوكلاء .

٢٩٢- لا يجوز الاتفاق على عدم تنحي الوكيل :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧١٦ مدق على أنه : " يجوز للوكيل أن ينزل في أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك .. إلخ " .
وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة قبل الفراغ من تنفيذها وينفذ التنازل بإعلانه للموكل . وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها " .

فحق الوكيل في التنحي يتعلق بالنظام العام ، كحق الموكل في عزل الوكيل ، ومن ثم يقع باطلا الاتفاق على حرمان الوكيل من التنحي إطلاقا ، أو بعد مدة معينة ، حتى لو كانت الوكالة مأجورة .

ويذهب رأى في الفقه إلى أنه يصبح الاتفاق مقدما على التعويض الواجب دفعه عند تنحي الوكيل عن العمل، على أن ذلك يعتبر من قبيل تضمين العقد شرطا جزائيا . وقد خول المشرع القاضى حق إعادة النظر في مبلغ التعويض المتفق عليه في العقد وتقديره بحيث يتناسب مع الضرر الذى يشكو منه المتعاقد الذى اشترط التعويض لمصلحته^(١) .

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده- إلى أن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، لأن في هذا تقييدا لحرية الوكيل في التنحي^(٢) .

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٢ وحكم الدوائر المحكمة الاستئناف المختلطة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ وعلمة الاستئناف الوطنية ١٩٢٦/١٢/٢ المشار إليهما بهامش (٤) من المؤلف السابق - محمد كامل مرسى ص ٥٧٥ .

(٢) السهنورى ص ٨٧٢- أكتم الخولى ص ٢٤٩ .

تقييد حق الوكيل فى التنحى فى حالتين :

بعد أن أجازت المادة ٧١٦ مدنى فى صدرها للوكيل التنحى عن الوكالة فى أى وقت ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، قيدت حقه فى التنحى فى حالتين . ستعرض لهما فى ما يلى :

الحالة الأولى :

٣٩٢- إذا كانت الوكالة بأجر :

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه : " فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول " - ورواى أن هناك خطأ ماديا فى النص والصحيح هو استبدال لفظ " أو " بلفظ (و) العطف ، فيكون النص على الوجه الآتى : " من جراء التنازل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول " ^(١).

وعلى ذلك يكون الوكيل ملزما بالتعويض إذا تنحى فى وقت غير مناسب ، أو تنحى بغير عذر مقبول . وذلك حتى لا ينال الموكل ضرر من جراء ذلك ، إلا إذا كان مستحيلا عليه أن يودى الوكالة من غير أن يناله ضرر جسيم ، كما فى حالة المرض أو تغيير محل الإقامة أو تغيير المهنة ^(٢).

(١) السنهورى ص ٨٧٢ هامش (٤) - أكرم الخولى ص ٢٤٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٧٤ .

والمادة لم تنص على بطلان التنحي في هذه الحالة ، ولذلك يقع التنحي صحيحا ولكن يلتزم الوكيل بتعويض الموكل عما يلحقه من ضرر نتيجة لذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كذلك يرد على جواز تنازل الوكيل عن الوكالة قيدان : (أ) إذا كانت الوكالة بأجر وتنازل عنها الوكيل في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ، فإنه يكون متعسفا في هذا التنازل ويجب عليه التعويض ، كما هو الأمر في حالة التعسف في العزل " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لكن كان من حق الوكيل أن يقلل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبثها أو رغب عن الاستمرار في تنفيذها إلا أن المشرع لم يطلق الأمر لهوى الوكيل يتنحي متى أراد وفي أى وقت شاء بل إنه قيد هذا الحق بقيود ضمنها نص المادة ٧١٦ من القانون المدنى ، فإذا لم يراع الوكيل في تنحيه الشروط والأوضاع التى يحتمها كان ملزما بالتعويضات قبل الموكل ، كما إذا أهمل بالرغم من تنحيه - القيام بجميع الأعمال المستعجلة التى يخشى من تركها على مصلحة الموكل (٧١٧م من القانون المدنى) ولا يعفى الوكيل من المسؤولية عن عزل نفسه في وقت غير مناسب أو إغفال السهر على مصالح الموكل المستعجلة إلا أن يثبت أن ما فرط فيه إنما كان بسبب خارج عن إرادته أو إذا أثبت أنه لم يكن في وسعه أن يستمر في أداء

مهمته إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد على سند من أنه لا يستساغ أن يفرض على الوكيل تضحية مصالحه الخاصة في سبيل السهر على مصالح الموكل " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

وتقدير ما إذا كان الوكيل بأجر قد تنحى عن وكراته بغير عذر مقبول أو في وقت غير مناسب مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في أوراق الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقدير ما إذا كان الوكيل المأجور قد أهمل في تنفيذ الوكالة أو تنحى في وقت غير لائق وبغير عذر مقبول هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من مسائل الواقع التي تبت فيها محكمة الموضوع دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصها سائغا له أصله الثابت في الأوراق " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

غني أنه يجوز - في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم - الاتفاق بين الطرفين على إعفاء الوكيل من مسؤوليته عن التنحي ويعد هذا الإعفاء واردا على الإعفاء من مسؤولية عقدية مما يميزه القانون (م ٢/٢١٧ مدق).
(راجع نقض طعن رقم ٧٣١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٥)

(منشور بوند ٣٨٧)

٢٩٤- الحالة الثانية :

إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٦ مدق على أنه : " غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبي بهذا النزاع ، وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه " .

فقد قيد المشرع حق الوكيل في التنحي عن الوكالة إذا كانت صادرة لصالح أجنبي ، بثلاثة قيود :

الأول : أن توجد لدى الوكيل أسباب جدية تبرر هذا التنحي .

الثاني : أن يخطر الأجنبي بهذا النزاع.

الثالث : أن يمهّل الوكيل الأجنبي وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه .

وحكمة هذه القيود أن الأجنبي قد تعلق حقه بالوكالة ، فوجب ألا يكون تنازل الوكيل ، بالنسبة له ، بغير عذر مقبول أو في وقت غير مناسب . أما إذا كانت الوكالة لمصلحة الوكيل ، فهو حر في النزاع عنها في أى وقت شاء لأنه هو الذى يقدر مصلحته ^(١) .

وإذا أحل الوكيل بأحد هذه القيود فإنه مع ذلك لا يجبر على الاستمرار في الوكالة ، ولكن يكون مسئولا عما أصاب الموكل من ضرر . كما يجوز للأجنبي الرجوع على الوكيل بالتعويض ، وإن كان الأصل هو أن يرجع الأجنبي على الموكل الذى يرجع بدوره على الوكيل ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـه ص ٢٣٥ .

(٢) أكرم الخولى ص ٢٤٩ وما بعدها .

٢٩٥. تنحي المحامي عن الوكالة :

نظم قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ أحكام تنحي المحامي عن وکالته، بما لا يخرج عن القواعد السابقة فقد نص على ما يأتي :

١- لا يجوز للمحامي أن يتنازل عن التوكيل في وقت غير لائق .
ومثال ذلك أن يتنازل عن التوكيل قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بمدة لا تمكن الموكل من توكيل محام آخر (٩٢م) .

(راجع نقض طعن ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ المنشور سلفاً في بند ٣٩٣) .

ولا يجوز للمحامي المتدب طبقاً لنظام المساعدات القضائية الوارد بالفصل الرابع من الباب الثاني من قانون المحاماة سالف الذكر ، التنحي إلا لأسباب تقبلها الجهة التي تندبه (٢/٩٧م) .

أو بعد استئذان المحكمة التي يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر في الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره (م ٢/٦٤) .

٢- يجب على المحامي أن يخطر موكله بكتاب موصى عليه بتنازله عن التوكيل .

فالنص حدد وسيلة الإخطار بالتنازل عن التوكيل بكتاب موصى عليه، فلا يجوز أن يتم شفاة أو بخطاب عادي ، غير أنه يجوز أن يتم بطريقة أقوى ، كإعلان على يد محضر .

ويترتب على عدم إخطار الموكل بالتنازل عن التوكيل استمرار وكالة المحامي في الدعوى فتصير الإجراءات صحيحة في مواجهة المحامي الذي أنهى وکالته .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ألزم الشارع الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية هذا الإجراء . فإذا انقضت الوكالة بال عزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك سارت الإجراءات صحيحة في مواجهة الوكيل . كذلك إذا انقضت الوكالة ب وفاة الوكيل أو بعزله أو باعتزاله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلا مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى فإن هو تخلف عن ذلك عملت المحكمة الجزاء الذى رتبته القانون على غياب الخصم " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٠)

٣- يجب على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام آخر . ولما كانت المحكمة من هذا الشرط هى تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها فإن المحكمة من التأجيل تبتفى في حالة ما إذا كان قد وكل محاميا آخر بالفعل وبأش الحضور عنه في الدعوى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الطاعن قد استكمل دفاعه في الدعوى ، فإن تحديه بنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ يصبح عديم الجدوى لأن المشرع لم يقصد من هذا النص سوى تمكين الخصم من إبداء دفاعه إذا تنازل محاميه عن التوكيل " .

(طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٦)

٢- " النص في المادة ١٣٥ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالمحاماة على أنه " لا يجوز للمحامى أن يتنازل عن التوكيل في وقت غير لائق ويجب عليه أن يخطر موكله بكتاب موصى عليه بتنازله وأن يستمر في إجراءات الدعوى شهرا على الأقل متى كان ذلك لازما للدفاع عن

مصالح الموكل ، ويتعين على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام آخر " يدل على أن المحكمة التي تغياها المشرع من وجوب تأجيل الدعوى في حالة تنازل المحامي عن التوكيل هي تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها مما مقتضاه أن المحكمة من التأجيل تنتفى في حالة ما إذا كان قد وكل محاميا آخر بالفعل وبأشر الحضور عنه في الدعوى " .

(طعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

ثانيا : موت الموكل أو الوكيل

٣٩٦- (أ) - موت الموكل :

تنص المادة (٧١٤) مدني على أن " تنتهى الوكالة وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل " .

فالوكالة تنتهى بموت الموكل ، لأن الوكالة من العقود التي يراعى فيها شخص الموكل ، إذ الموكل لا ينب عنه أى شخص ، سواء كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة ، ومن ثم لا يحل الورثة محل الموكل . وإذا كان الموكل شخصا معنويا كشركة أو جمعية فإن الوكالة تنتهى بحله ولو كان الحل اختياريا ، فالحل بالنسبة للشخص المعنوى هو بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعي غير أن الوكالة تبقى المدة اللازمة لتصفية الشركة إذ أن الشخصية المعنوية للشركة تبقى لها في حدود أغراض التصفية ويترتب على انتهاء الوكالة بحل الشخص المعنوى عدم قبول دعوى الوكيل بالمطالبة بالتعويض استنادا إلى أن انتهاء وكالته بحل الشخص المعنوى يعتبر بمثابة عزل له . فليس له بناء على ذلك أن يطالب بالتعويض عن إنهاء وكالته في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

فانحلال الشخص المعنوى - كما ذكرنا - يأخذ حكم الموت بالنسبة للشخص الطبيعى ، فلا يسرى بصدده أحكام العزل ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٧١٤ من القانون المدنى على أن الوكالة تنتهى بموت الموكل أو الوكيل ، وقد ورد هذا النص فى حدود الاستثناء الذى قرره المادة ١٤٥ من القانون المدنى ، فلا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفاء عاماً ، لأن المشرع افترض أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة بوفاة أيهما اعتباراً بأن هذا العقد من العقود التى تراعى فيها شخصية كل متعاقد " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/١٣)

٢- " نصت المادة ٧١٤ من القانون المدنى على انتهاء الوكالة بموت الموكل ومن ثم فلا تنصرف آثار عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفاء عاماً باعتبار أن هذا العقد من العقود التى تراعى فيها شخصية كل متعاقد ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى اعتبار التظهير الحاصل من المستفيد من السند الإذنى المؤرخ، ١٩٧٩/١١/٢٠ إلى البنك المطعون ضده تظهيراً توكلياً وكان الثابت فى الدعوى أن المظهر توفى فى أكتوبر سنة ١٩٨٠ فإن وكالة البنك عن المظهر فى تحصيل قيمة السند تكون قد انتهت فى ذلك التاريخ وإذ تقدم البنك إلى السيد / رئيس محكمة شمال القاهرة بطلب إصدار أمر الأداء بقيمة ذلك السند فى ١٩٨١/٦/٣٠ فإن صفته فى استصدار الأمر و مباشرة الإجراءات القانونية لتحصيل قيمة السند تكون قد زالت - وإذ

خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بصفة البنك المطعون ضده كوكيل عن المظهر بدعوى عدم اعتراض الورثة رغم عدم تقديم ما يفيد موافقتهم على مباشرة البنك لتلك الإجراءات وإعلان أحدهم انقضاء الديسن الثابت بالسند فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه " .

غير أنه يراعى أن الوكالة الصادرة من ممثل الشخص المعنوي لا تتأثر بتغيير هذا الممثل وتظل سارية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان للشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية من يمثلها قانوناً وكانت هي المقصودة بذاتها بالخصومة فلا تتأثر بما يطرأ على شخصية هذا الممثل من تغيير . لما كان ذلك ، وكان الثابت بالتوكيل الذى بموجبه باشر المحامى رفع الطعن بالنقض أنه صادر من المستشار القانونى للشركة الطاعنة استناداً إلى التوكيل الصادر له من رئيس مجلس إدارة الشركة آنذاك متضمناً تفويضه فى تمثيل الشركة أمام القضاء والإذن له فى توكيل المحامين فى الطعن بالنقض وكان هذا التوكيل قد صدر صحيحاً ممن يمثل الشركة قانوناً وقت صدوره ، فإن تغيير رئيس مجلس الإدارة فى مرحلة لاحقة لصدور التوكيل لا ينال من شخصية الشركة ، ولا يؤثر على استمرار الوكالة الصادرة منها ومن ثم لا يوجب إصدار توكيل آخر من رئيس مجلس الإدارة الجديد للتقرير بالطعن " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٦)

٣٩٧- الاحتجاج بموت الموكل لا يكون إلا من تاريخ العلم بالموت:

لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة بموت الموكل على الوكيل أو الغير الذى تعامل معه إلا من وقت علم الوكيل بالوفاة . فكل التصرفات التى يجريها الوكيل فى الفترة التالية للوفاة ، والسابقة على علمه بها، تكون قد صدرت منه باعتباره وكيلًا ، وتترتب له من أجلها كل حقوق الوكيل الثابتة بعقد الوكالة . لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية عملا بالمادة ١٠٧ مدق^(١).

ولكن يجوز الاحتجاج على الغير حسن النية بسوء نية الوكيل ، فلا يكون للغير أن يطالب الورثة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى عقده الوكيل فى تركة مورثهم (١٠٧م)، ومن حقه الرجوع بالتعويضات على الوكيل سئ النية ويقع على عاتق من يدعى علم الوكيل أو الغير بالوفاة للرجوع على الأول بالتعويضات ، أو لتخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى ، أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس . إنما يكون له فى هذه الحالة أن يقيم الدليل على صحة دعواه بسائر وسائل الإثبات وأخصها القرائن . وبطلان تصرفات الوكيل بعد علمه بوفاة الموكل يعتبر بطلانًا نسبيًا لا يجوز الاحتجاج به إلا لورثة الموكل ، فلا يقبل من تعامل مع الوكيل أن يتمسك بهذا البطلان .

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٤ وما بعدها - السنهورى ص ٨٥٣ .

٢٩٨- الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبي :

إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبي ، كما إذا وكل شخص آخر في قبض ثمن البيع ودفع الثمن سدادا لدين في ذمة الموكل للوكيل أو لأجنبي ، فإن الوكالة لا تنتهى بوفاة الموكل ، لأن أساس انتهاء الوكالة بوفاة الموكل هو انقضاء الاعتبار الشخصى الذى قبل الوكيل الوكالة على أساسه ^(١) . إذ لو انتهت الوكالة بموت الموكل في هذا فالغرض لفات على الوكيل أو على الأجنبي مصلحته في استيفاء الدين ^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم قد حصل تحصيلاً سائفاً من المستندات أن اتفاقاً تم بين الطاعن والمطعون عليه على أن يضع هذا الأخير اليد على الأطيان التي رهنها له الطاعن رهناً تأمينا وأن يحصل ريعها خصماً من دينه وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء عقد رهن حيازى لاحق للرهن التأميني أم عقد وكالة لإدارة الأطيان واستيفاء الدين من غلتها فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن في أن ينهى بإنذار منه العلاقة القائمة بينهما ، لأن عقد الرهن لا يفسخ بإرادة واحدة وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن . فإن الطعن على الحكم بالخطأ في التكيف يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٢/٢٢)

(١) أكرم الخولى ص ٢٥٠ - محمد على عرفه ص ٤٢٤ - السهورى ص ٨٥٥ .

(٢) السهورى ص ٨٥٥ .

وقد لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كان من شأنها ألا تبدأ إلا بعد موت الموكل ، كما إذا وكل شخص آخر في نشر وثائق معينة بعد موته ، أو في إقامة نصب تذكاري له . أو في سداد دين عليه من تركته . أو في إعطاء مبلغ من تركته لشخص معين ، وتتخذ الوكالة في هذه الفروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها ^(١).

وإذا تعدد الموكلون فإن وفاة أحدهم تنهى وكالة الوكيل عنه إلا في حالة عدم القابلية للتجزئة حيث يتعلق حق سائر الموكلين ببقاء الوكالة.

٣٩٩- انتهاء الوكالة بموت الموكل لا يتعلق بالنظام العام :

انتهاء الوكالة بموت الموكل ، لا يعتبر من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم ، فلا تنتهي الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته في حدود التركة ^(٢).

وهذا الاتفاق إما أن يكون صريحا أو ضمنيا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى منهما إلى ورثته وهذا الاتفاق كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ولقاضى الموضوع استخلاص الاتفاق الضمني من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا ، وإذن فمضى كان الواقع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمي بأن

(١) السهوري ص ٨٥٦ - قدرى الشهارى ص ٥٠٦ وما بعدها .

(٢) أكرم الخولى ص ٢٥٠ - السهوري ص ٨٥٥ .

يتنازل عن دين له قبل المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص في الاتفاق على أن هذا النزاع هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تعلق بها حق الغير وليس للموكل سحبها أو إسقاطها بغير رضا وقبول هذا الغير ، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢)

٤٠٠ - (ب) - موت الوكيل :

رأينا أن المادة ٧١٤ مدنى تنص على أن تنتهى الوكالة بموت الوكيل . فالوكالة تنتهى بموت الوكيل لأن الوكالة من عقود الاعتبار الشخصى ، فالموكل لا يختار أى شخص ليكون وكيلاً عنه ، ومن ثم لا تنتقل الوكالة إلى ورثة الوكيل .

وإذا كان الوكيل شخصاً اعتبارياً كجمعية أو شركة ، فإن الوكالة تنتهى بحله ولو كان الحل اختيارياً ، لأن حل الشخصى الاعتبارى - كما أشرنا سلفاً - هو بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعى .

وإذا تعدد الوكلاء فإن وفاة أحدهم تنهى وكالته ، بينما تستمر وكالة الباقين ، بشرط أن يملك الباقون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة .

وانتهاء الوكالة بموت الوكيل لا يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على عدم انتهاء الوكالة بموت الوكيل ويلتزم بها الورثة فى حدود التركة . وأكثر ما يحدث هذا فى حالة ما إذا كان الوكيل محترفاً أو شخصاً معنوياً وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً ، كما قد يكون ضمناً .

و هذا قضت محكمة النقض بأن :

" للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى منهما إلى ورثته وهذا الاتفاق كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ولقاضي الموضوع استخلاص الاتفاق الضمني من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا وإذن فمضى بـأن الواقع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمي بأن يتنازل عن دين له قبل باقى المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص في الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تعلق بها حق الغير وليس للموكل سحبها أو إسقاطها بغير رضا وقبول هذا الغير ، فإن هذا النعى الذى قرره الحكم صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢)

٤٠١- التزامات ورثة الوكيل :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٧ مدنى على أن : " وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل " .

فقد ألقى هذا النص على ورثة الموكل التزاما بأمرين :

الأول : أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم .

الثاني : أن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل ، أى عليهم السهر على رعاية مصالح الموكل حتى لا يلحقها الخطر، فعليهم القيام بالإجراءات المستعجلة . فإذا كان قد بدئ في جنى المحصول وبيعه وجب على الورثة أن يستمروا في ذلك حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة ، ودون أن يكون من الضروري الانتهاء من بيع المحصول بأكمله^(١).

إلا أن الورثة لا يكلفون بهذين الالتزامين إلا بشروطين :

الأول: أن يكونوا عالمين بوجود الوكالة .

الثاني : أن تتوافر لديهم أهلية الالتزام .

ويترتب على ذلك أن الموكل لا يستطيع أن يرجع بالتعويض على ورثة الوكيل بدعوى تعريض مصالحه للخطر إذا كانوا يجهلون وجود الوكالة ، أو كانوا ناقصي الأهلية ، لأنهم يعذرون لحسن نيتهم في الحالة الأولى ، ولأنه لا يترتب في ذمتهم أى التزام قبل الموكل في الحالة الثانية، شأنهم في ذلك شأن الوكيل القاصر تماما .

وإذا أراد الورثة نفى مسئوليتهم قبل الموكل تأسيسا على جهلهم الوكالة ، فعليهم أن يقيموا الدليل على صحة هذا الادعاء ، لأنهم يدعون بذلك براءة ذمتهم من التزام مقرر لصالح خصمهم ، وعلى المدين إثبات براءته من المدين .

ولما كان الورثة يضطلعون بسائر التزامات المورث باعتبارهم من الخلف العام ، فإنهم لا يتحملون بهذه الالتزامات إلا في حدود الشركة تطبيقاً لأحكام الشريعة الغراء التي من مقتضاها أن تركة المورث هي الضامنة لديونه ، ولا يلتزم الورثة فيما عداها بأى التزام من التزامات مورثهم .

ولا تشبه الغيبة بالموت مهما طالّت مدتها ، وإن كان يصح اعتبارها من الأسباب التي تجيز طلب تعيين حارس يقوم مقام الوكيل^(١).

٤٠٢- تنظيم قانون المحاماة لانتهااء وكالة المحامي في موته :

تنص المادة ٩٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن وكالة المحامي تنتهى بوفاته أو استبعاد اسمه أو محوه من الجدول أو تقييد حريته وبصورة عامة في جميع الأحوال التي يستحيل فيها عليه ممارسة المحاماة ومتابعة أعماله ودعاوى موكله .

وفي هذه الحالات يندب مجلس النقابة الفرعية محامياً من نفس درجة القيد على الأقل ما لم يختار المحامي أو ورثته محامياً آخر تكون مهمته اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على مصالح الموكلين وتصفية المكتب إذا كان لذلك مقتضى ، ويتم هذه التصفية بموافقة ذوى الشأن وتحت إشراف مجلس النقابة الفرعية .

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٧ .

ثالثا : انتهاء الوكالة وفقا لقواعد العامة

٤٠٣ تعداد :

هناك أسباب تؤدي إلى انتهاء الوكالة ، ورد النص عليها في المادة ٧١٤ مدني ، وتردد البعض الآخر في مؤلفات الشراح . ويمكن القول بأن انتهاء الوكالة بهذه الأسباب يعتبر تطبيقا للقواعد العامة مما لا يتحتم النص عليها صراحة في القانون وهذه الأسباب هي :

- (أ) - إتمام العمل الموكل فيه .
- (ب) - انتهاء الأجل المعين للوكالة .
- (ج) - استحالة التنفيذ .
- (د) - تغير أهلية الموكل والوكيل .
- (هـ) - الإفلاس .
- (و) - الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ .

أسباب انتهاء الوكالة وفقا للقواعد العامة

٤٠٤ (أ) - إتمام العمل الموكل فيه :

نصت المادة ٧١٤ مدني على أن : " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه " ، ذلك أن تحديد مهمة الوكيل من شأنه زوال سلطته في النيابة عن الموكل بانتهاء مهمته ، فلا يكون له بعد ذلك أن ينوب عنه . فإذا كان الوكيل موكلا بقبض دين للموكل فقبضه انتهت الوكالة بالنسبة له .

وإذا كان الوكيل عاميا فإن وكالته تنتهي بانتهاء العمل الموكل فيه أيضا ، لأنه بعد انتهاء العمل لا يصبح للوكالة محل تقوم عليه ، ولا مجال للتحدى بقيام عرف بشأن وكالة المحامي يقضى بأنسها لا تنتهي إلا بإلغاء.

التوكيل وعلم المحامي بهذا الإلغاء استنادا إلى العرف الجارى الذى نصت عليه المادة ٣/٧٠٢ مدنى ، ذلك أن مجال تطبيق هذا العرف هو فى تحديد التوابع الضرورية للأمر الموكل فيه .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

" وكالة المحامى تنقضى بأسباب انقضاء الوكالة العادية ، وأخصها انتهاء العمل الموكل فيه ، لأنه بعد انتهاء العمل لا يصبح للوكالة محل تقوم عليه ، ولا يبقى إلا حق المحامى فى الأتعاب التى لم يقبضها، ولا وجه للتحدى بهذا العرف - القول بقيام عرف بشأن وكالة المحامى يقضى بأنها لا تنتهى إلا بإلغاء التوكيل وعلم المحامى بهذا الإلغاء- استنادا إلى العرف الجارى الذى نصت عليه المادة ٣/٧٠٢ من التقنين المدنى. ذلك أن مجال تطبيق هذا العرف هو فى تحديد التوابع الضرورية للأمر الموكل فيه ليستمر الوكيل فى الوكالة الخاصة فى مباشرتها باعتبارها متفرعة عن العمل الأصلى ومتصلة به " .

(طعن رقم ١٧١ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" ١- تنتهى الوكالة انتهاء طبيعيا بإنهاء العمل إلخ " (١) .

وإذا لم يتم الوكيل العمل الذى عهد به إليه ، لعدم نجاحه فى ذلك فإن الوكالة تنتهى أيضا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٣٤ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى استخلصت المحكمة لأسباب سائغة أن الوكيل لم ينجح في العمل الموكل فيه فانتهت بذلك مهمته ، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعى ولا مخالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٥)

٤٠٥ (ب)- انتهاء الأجل المعين للوكالة :

تنص المادة ٧١٤ مدنى على أن تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ... " .

فإذا حدد الطرفان أجلا لانتهاء الوكالة فإن الوكالة تنتهى بانقضاء هذا الأجل ، سواء كان هذا الأجل معينا أو غير معين كالموكل الذى يوكل غيره فى مباشرة شئونه بسبب اعتزامه السفر فإن توكيله ينتهى بعودته من رحلته إذ يفترض أن العاقدین قصدا استمرار الوكالة فى فترة غياب الموكل وانتهائها بعودته .

إنما إذا استمر الوكيل فى أداء عمله ، ولم يبين الموكل ما يشعر برغبته فى إنهاء الوكالة ، انعقدت بينهما وكالة ضمنية لا تنتهى إلا بأحد الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء الوكالة .

ويعتبر من قبيل الأجل غير المحدد استمرار الوكالة حتى موت الوكيل أو الموكل .

وهذا الشرط لا يحول دون حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت شاء^(١) .

(١) محمد على عرفه ص ٤٢٩ .

كما أنه لا يمنع الوكيل حقه في التنحي أيضا . وقد يعين المتعاقدان أجلا يتم فيه الوكيل العمل دون أن يقصدا من تحديد الأجل إلا تقدير وقت تقرىبى يتم فيه الوكيل عمله لا أن تنتهى الوكالة رغم عدم إتمام العمل خلال هذا الأجل ، ومن ثم فإن الوكالة لا تنتهى حتما بانقضاء الأجل، بل يجوز للوكيل المضى في تنفيذ الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل إذا هناك كانت ظروف تبرر هذا التأخير .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم الابتدائي الذى أيدته الحكم الاستئنافى لأسبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى في طلب حساب الوقف الذى كان يديره المدعى عليه بصفته وكيلًا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى في عريضة دعواه من أن توكيله المدعى عليه إنما كان بسبب سفره إلى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصا سائفا من المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج ، وعلى أن دعوى الحساب إنما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة هلالية ، وأن الخطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة إدارة الوقف بصفته وكيلًا لا يدل على ما ورد بها على استمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وفسرها تفسيرا تحتمله وينفى المعنى الذى يقول به المدعى . ثم أيد هذا الحكم استئنافيا لأسبابه ، فلا يعيب الحكم الاستئنافى أنه لم يورد مضامين خطابات جديدة قدمها المدعى إلى

محكمة الاستئناف وقالت هذه الوكالة عنها إنها لم ترفيها ما يفيد استمرار الوكالة " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٠/٢١)

غير أنه إذا باشر الوكيل تصرفا بعد انقضاء الأجل وانتهاء الوكالة دون أن يحدد تجديدا ضمنيا ، فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل إلا في حالة الوكالة الظاهرة .

٦٠٦ (ج) استحالة التنفيذ :

تنص المادة ٣٧٣ مدق على أن : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا بسبب أجنبي لا يد له فيه " .

وهذه المادة تسرى على عقد الوكالة كغيره من العقود ، فتنتهي الوكالة إذا استحالت تنفيذها بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ كحريق المنزل الذى فوض الوكيل فى بيعه أو شرائه أو رهنه أو إدارته . وهذه استحالة مادية .

ويسرى على الاستحالة القانونية حكم الاستحالة المادية تطبيقا للقواعد العامة . فالشخص الموكل فى شراء منزل أو بيعه تنتهى وكالته إذا تصرف الموكل فى هذا المنزل للغير ، وسجل المشتري عقد شرائه قبل مباشرة الوكيل مهمته ، أو حتى بعد البدء فى مباشرتها ولكن قبل إتمامها . وكذلك الحكم بالنسبة للمحامى الموكل بالطعن فى حكم بأحد طرق الطعن المقررة فى القانون ، فإن وكالته تنتهى بفوات المواعيد المقررة للطعن فى هذا الحكم .

٤٠٧- (د) - تغير أهلية الموكل والوكيل :

لما كانت العبرة في توافر الأهلية في الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل التصرف في آن واحد . فإنه ينبني على ذلك أنه إذا حجر على الموكل ، فإنه لا يعقل أن يستمر الوكيل في النيابة عنه وإلزامه بالتصرفات التى يعقدها لحسابه بعد الحجر عليه ، لأنه يصبح غير أهل للالتزام بمثل هذه التصرفات وبالتالي غير أهل لصدور التوكيل منه ، مما يتعين معه القول بانتهاء الوكالة .

غير أن مجرد الحجر على الموكل لا يكفى لانتهاء الوكالة ، وإنما يجب أن يعلم الوكيل بالحجر ، وإلا استمر في وكالته . كما يجوز أن يعتمد القيم الوكالة فتستمر الوكالة كما هي . ولا تنتهى الوكالة إذا كان الحجر ليس من شأنه أن يجعله غير أهل للتصرف الذى صدر منه التوكيل فيه ، كأن كان التصرف من أعمال الإدارة وكان الموكل مأذوناً له في إدارة أمواله^(١) .

ويعتبر من قبيل تغير الأهلية المؤدى إلى انتهاء الوكالة الحكم على الموكل بعقوبة جنائية ، لكونه يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله . ولا يجوز له أن يتصرف في أمواله إلا بناء على إذن المحكمة . ويعين عليه قيم للنيابة عنه (م ٢٥/٤ عقوبات) .

(١) السنهاورى ص ٨٤٨ .

أمّا بالنسبة للوكيل ، فإن تغير أهليته الطارئ بعد انعقاد الوكالة بالحجر عليه من شأنه أن يذهب بثقة الموكل فيه ، ومن السهل جداً أن نفترض أن نية الموكل انصرفت إلى إنهاء الوكالة بمجرد تغير حالة الوكيل ، لأنه وقد اختار وكيلًا كامل الأهلية أراد أن يتعامل مع شخص أهل لأن يلتزم بسائر الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة كما أن الوكيل بالحجر عليه يصبح غير أهل للالتزامات الناشئة عن الوكالة ، حتى لو بقي أهلاً لمباشرة التصرف الموكل فيه ، ومن ثم تنتهي وكراته ، حتى لا يتحمل الموكل نتيجة خطئه دون أن يكون في وسعه أن يسأله عن هذا الخطأ .

٤٠٨- (هـ) الإفلاس :

المقرر أن يد المفلس تغل بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس عن إدارة أمواله والتصرف فيها (م ١/٥٨٩ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) .
وتعين المحكمة في حكم الإفلاس وكيلًا لإدارة التفليسة يسمى " أمين التفليسة " (م ١/٥٧١) فالمفلس لا يستطيع إدارة أمواله أو التصرف فيها ، ومن ثم لا يملك ذلك عن طريق وكيل ، كما أن الوكيل المفلس وقد غلت يده عن أمواله ، فأولى أن تغل يده عن أموال موكله .

ومن ثم يترتب على صدور الحكم بشهر إفلاس الموكل أو الوكيل انتهاء الوكالة .

و يسرى على الإعسار ما يسرى على الإفلاس . وإذا أفلس الموكل أو أعسر ، جاز للوكيل التمسك بانتهاء الوكالة ، كما يجوز ذلك لدائني الوكيل .

ولكن لا يجوز للموكل نفسه أن يتمسك بذلك ، كما لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الوكيل قبل أن يعلم بحكم الإفلاس أو الإعسار . أما إذا أفلس الوكيل أو أعسر ، فإن للموكل أن يتمسك بانتهاء الوكالة ، ولا يجوز ذلك للوكيل .

وإذا تعدد الموكلون أو الوكلاء وأفلس أحدهم أو أعسر ، فإن الوكالة تنتهى بالنسبة إليه وحده ، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة .

(و)- الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ :

طبقا للقواعد العامة يجوز لكل من الموكل والوكيل طلب فسخ عقد الوكالة إذا أحل الطرف الآخر بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد .

وتتحقق مصلحة الوكيل في طلب الفسخ لعدة أسباب ، فقد يكون من غير الجائز له التنحى عن الوكالة ، أو كان يرغب في مطالبة الموكل بالتعويض بجانب الفسخ ، أو كان يرغب في توقي رجوع الموكل عليه بالتعويض .

وأیضا يكون للموكل مصلحة في طلب فسخ عقد الوكالة ، إذا كان لا يجوز له عزل الوكيل ، أو كان يرغب في مطالبة الوكيل بالتعويض بجانب الفسخ ، أو توقي رجوع الوكيل عليه بالتعويض .

وإذ علقت الوكالة على شرط فاسخ ثم تحقق هذا الشرط فإنها تنفسخ طبقا للقواعد العامة دون حاجة لإجراء آخر .

وهذا يغنى عن إرادة الوكيل كما في التنحى ، وإرادة الموكل كما في العزل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم قد أقام قضاءه بطرد الطاعن (الوكيل) من المخزن المسلم إليه بسبب الوكالة على ما استخلصه من ظاهر المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن المطعون ضدها (الموكل) قد أنهت عقد الوكالة بإنذار وجهته إلى الطاعن إعمالاً للشرط الصريح الوارد بعقد الوكالة وأنه بذلك يصبح وضع يده من غير سند وبمباشرة غصب يرر الالتجاء إلى القضاء المستعجل لإزالته ولم يقيم الحكم وزناً لمنازعة الطاعن المؤسسة على أن استعمال المطعون ضدها للحق الذي يخوله لها الاتفاق مبني على التعسف - وهي منازعة يرمى الطاعن من ورائها إلى تعديل الاتفاق في الآثار المترتبة عليه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ أو عاره قصور ذلك أن مهمة قاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة تقتصر على تنفيذ الاتفاقات دون إجراء أى تعديل فيها وليس فيما قرره الحكم مساس بالحق الذي يبقى محفوظاً سليماً يتنازل فيه ذور الشأن لدى جهة الاختصاص " .

(طعن رقم ٣٣٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦)

٤٠٩- أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها:

هناك أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها ، أى سواء كان انتهائها بإظهار أحد الطرفين إرادته في إنهاء الوكالة أو موت الموكل أو الوكيل ، أو أحد الأسباب التى تعتبر تطبيقاً للقواعد العامة، ومن أهم هذه الأحكام ما يأتى :

١- عدم انتهاء الوكالة بأثر رجعي :

فالأثار التي رتبها الوكالة قبل الإنهاء تظل سارية ، ولا ينال منها انتهاء الوكالة . ومن ثم فإن التصرفات التي باشرها الوكيل تظل سارية يلتزم بها الموكل طبقا لقواعد الوكالة ، كما يلتزم كل من الموكل والوكيل قبل الآخر بسائر الالتزامات التي يربتها عقد الوكالة قبله ، والتي عرضنا لها فيما سلف .

٢- عدم انتهاء الوكالة إلا من وقت العلم بسبب انتهائها :

وقد كان المشرع التمهيدى للتقنين المدني يتضمن نصا برقم ٩٩٥ يجرى على أن : " تعتبر الوكالة قائمة في جانب الوكيل ، حتى لو كانت قد انتهت ، مادام لا يعلم بانتهائها " - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " على أنه مهما كان السبب في انتهاء الوكالة ، فما دام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهي قائمة حتى يعلم . كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك ، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته " ^(١) .
إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة ، والغالب أن يكون الحذف اكتفاء بالقواعد العامة .

وإذا علم الوكيل بانتهاء الوكالة وتعامل مع آخر حسن النية ، فإننا نكون بصدد وكالة ظاهرة إذا تحققت شروطها .

٣- وجوب اتخاذ الوكيل الإجراءات التحفظية :

تنص المادة ١/٧١٧ مدني على أن :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٣٣ وما بعدها .

" على أى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلّف " .

وهذا النص يواجه الحالة التى تنتهى فيها الوكالة ، بعد أن بدأ الوكيل فى تنفيذ الوكالة ، دون أن يتمها . ويوجب على الوكيل رغم انتهاء الوكالة أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل . فإذا كان الوكيل قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة ، ودون أن يكون من الضروري الانتهاء من بيع المحصول بأكمله .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- إذا انتهت الوكالة بغير موت الوكيل ، وجب على هذا أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل . فإذا كان قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة ، دون أن يكون من الضروري الانتهاء من بيع المحصول بأكمله " (١) .

وتقدير ما إذا كان الأمر يستلزم اتخاذ إجراءات تحفظية من عدمه مما يستقل به قاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس فى نصوص القانون ما يرفع عن كاهل الوكيل ما فرضته عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٥٢٢ مدنى عند انتهاء توكيله ، من أن يجعل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٣٨ .

الأعمال التي ابتدأها في حالة تقيها من الأخطار ، إذا ما علم ورثة الموكل بما بدأه من عمل ، بل الأمر في تقدير الأحوال التي توجب ذلك على الوكيل متروك لمحكمة الموضوع ، ولا معقب عليها فيه متى كانت قد استندت إلى أسباب صحيحة تبرره " .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

· ويدخل في هذه الأعمال التحفظية الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصة بالموكل ، وبوجه عام القيام بكل ما تقتضيه الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل وذلك إلى أن يتمكن الموكل نفسه أو الوكيل الجديد من مباشرة الأعمال محل الوكالة السابقة .

وتكون الوكالة قائمة بصدد هذه الأعمال التحفظية ، مما يترتب عليه بقاء التزامات كل من الموكل والوكيل .

(راجع نقض طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ منشور ببند ٣٩٣).

و قد رأينا سلفا (بند ٤٠١) أن ورثة الوكيل في حالة وفاته وانتهاء الوكالة لهذا السبب يلتزمون بالقيام بهذه الأعمال التحفظية بالتفصيل الذي أوردناه .

محتويات الكتاب

(العقد الأول) (عقد الهبة)

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٣

تقدم .

٦

موضوع رقم (١)

(التنظيم التشريعي لعقد الهبة - تعريف عقد الهبة -
خصائص عقد الهبة - تمييز عقد الهبة عن غيره من
التصرفات)

١ - التنظيم التشريعي لعقد الهبة .

٢ - تعريف عقد الهبة .

٣ - خصائص عقد الهبة .

أولاً : الهبة عقد بين الأحياء .

ثانياً : تصرف الواهب في ماله .

ثالثاً : التصرف في المال دون عوض .

رابعاً : نية التبرع .

٤ - تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات .

(أ) - الهبة وعارية الاستعمال والوصية .

(ب) - الهبة والصدقة .

(ج) - الهبة والإباحة .

شروط انعقاد الهبة

٥ - تعداد .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٣٤

موضوع رقم (٢)

(الشرط الأول)

(الرضاء)

- ٦- سريان القواعد العامة .
- ٧- الإيجاب والقبول .
- ٨- توافق الإيجاب والقبول .
- ٩- رجوع الواهب عن الإيجاب قبل وصول القبول إلى علمه .
- ١٠- موت الواهب أو فقدته لأهليته قبل وصول الإيجاب إلى الموهوب له .
- ١١- موت الموهوب له أو فقدته الأهلية قبل القبول .
- ١٢- الوكالة في الهبة .

٤٦

موضوع رقم (٣)

(الشرط الثاني)

(المحل في عقد الهبة)

- ١٣- تطبيق القواعد العامة .
 - ١٤- هبة الأموال للمستقبل .
 - ١٥- الهبة المضافة إلى أجل والهبة تحت شرط .
- هبة ملك الغير :**
- ١٦- النصوص القانونية .
 - ١٧- أولاً : حكم هبة ملك الغير بين المتعاقدين .
 - ١٨- ثانياً : هبة ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي .
 - ١٩- هبة الحصبة الشائعة .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ٢٠- هبة جزء مفرز من المال الشائع .
هبة المريض مرض الموت :
٢١- تعريف مرض الموت .
٢٢- من يلحق بالمريض مرض الموت ؟
٢٣- الحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت .
٢٤- حكم هبة المريض مرض الموت .
٢٥- تصرف الموهوب له في الموهوب الزائد على الثلث .
٢٦- إثبات مرض الموت .

٨٧

موضوع رقم (٤)

(العوض في الهبة)

- ٢٧- النصوص القانونية .
٢٨- الشروط الواجب توافرها في العوض .
٢٩- التزام الموهوب له بالقيام بالتزام معين .
٣٠- الهبة بعوض .

٩٥

موضوع رقم (٥)

(الشرط الرابع)

(شكل الهبة)

- ٣١- النص القانوني .
٣٢- حكمة اشتراط الشكلية في عقد الهبة .
٣٣- الرسمية في الهبة .
٣٤- التوكيل بالهبة .
٣٥- جزاء تخلف الرسمية في الهبة .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٦-	هل يجوز إجازة الهبة الباطلة لتخلف الشكل .	
	التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة لعب في الشكل .	
٣٧-	النص القانوني .	
٣٨-	أحكام إجازة الهبة الباطلة لعب في الشكل بالتنفيذ الاختياري .	
٣٩-	هبة المنقول بورقة رسمية وبالقبض .	
٤٠-	المقصود بالقبض .	
٤١-	التسليم والتسلم الفعلي للمنقول .	
٤٢-	التسليم الفعلي للمنقول من جانب الواهب .	
٤٣-	التسليم الحكمي .	
٤٤-	المنقولات التي ترد عليها الهبة اليدوية .	
	تطبيقات قضائية للهبة اليدوية .	
٤٥- (١)-	إعانة وزارة المعارف .	
٤٦- (٢)-	هبة الجهاز .	
٤٧-	الإثبات في هبة المنقول بالقبض .	
	استثناء نوعين من الهبة من وجوب الشكلية أو العينية في الهبة	
	النوع الأول : الهبة المستترة	
٤٨-	المقصود بالهبة المستترة .	
٤٩-	أمثلة للهبة المستترة .	
٥٠-	عدم الإفصاح أو الإشارة إلى الهبة بالعقد الساتر للهبة.	
٥١-	وجوب أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا لشروط انعقاده في الظاهر .	

٥٢- إثبات الهبة المستترة .

النوع الثاني : الهبة غير المباشرة

٥٣- تعريف الهبة غير المباشرة .

٥٤- أمثلة للهبات غير المباشرة .

١- التنازل أو الترك لمصلحة آخر .

٢- الإبراء من الدين .

٣- الاشتراط لمصلحة الغير .

٤- حوالة الحق .

٥- قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل .

٦- عقد الاكتاب .

٧- التعاقد عن الغير .

٨- عقود الضمان .

٥٥- ضرورة توافر الشروط الموضوعية للهبة .

٥٦- إثبات الهبة غير المباشرة .

موضوع رقم (٦)

(السبب في عقد الهبة)

٥٧- تطبيق القواعد العامة على السبب في عقد الهبة .

٥٨- تطبيقات للسبب غير المشروع .

١- اقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع .

٢- شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

١٦٧

موضوع رقم (٧)

(الوعد بالهبة)

٥٩- النصوص القانونية .

٦٠- أهمية الوعد بالهبة .

٦١- اشتراط الرسمية في الوعد بالهبة .

٦٢- أثر تخلف الشكلية في الوعد بالهبة .

٦٣- كيفية انعقاد الوعد بالهبة .

٦٤- آثار الوعد بالهبة .

١٧٨

موضوع رقم (٨)

(شروط صحة الهبة)

أولاً : الأهلية في عقد الهبة

(أ) - أهلية الواهب .

٦٥- الشخص الذي تجوز له الهبة .

٦٦- هبة الولي أو الوصي أو القيم .

٦٧- البالغ الرشيد المحكوم عليه بعقوبة جنائية .

٦٨- البالغ الرشيد ذو العاهتين .

(ب) - أهلية الموهوب له .

٦٩- الجنين .

٧٠- الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه .

٧١- الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة .

٧٢- الزوجة الصغيرة .

٧٣- قبول الأشخاص المعنوية للهبات .

ثانياً : عيوب الرضاء في عقد الهبة

٧٤- تطبيق حكم القواعد العامة .

موضوع رقم (٩)

التزامات الواهب .

٧٥- تعداد .

(الالتزام الأول)

(نقل ملكية الموهوب إلى الواهب)

٧٦- مضمون الالتزام .

٧٧- نقل الملكية في هبة المنقول .

٧٨- نقل الملكية في هبة العقار .

(الالتزام الثاني)

(تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له)

٧٩- النص القانوني .

٨٠- مضمون الالتزام بتسليم الشيء الموهوب .

٨١- ما يجب تسليمه .

٨٢- طريقة التسليم .

٨٣- زمان ومكان التسليم .

٨٤- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم .

٨٥- نفقات الهبة بما فيها نفقات التسليم .

(الالتزام الثالث)

(ضمان التعرض والاستحقاق)

٨٦- النص القانوني .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ٨٧- عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب .
استثناءان من عدم ضمان الواهب استحقاق الشيء الموهوب
٨٨- الاستثناء الأول .
حالة تعتمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق .
٨٩- الاستثناء الثاني .
إذا كانت الهبة بعوض.
٩٠- حلول الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى.
٩١- هل يضمن الواهب التعرض الصادر منه ؟
(الالتزام الرابع)
(ضمان العيب)
٩٢- النص القانوني .
٩٣- القاعدة العامة عدم ضمان الواهب خلو الشيء الموهوب
من العيب .
٩٤- الحالات التي يلزم فيها الواهب بضمان خلو الشيء
الموهوب من العيب .
٩٥- تعديل أحكام الضمان .

٢٢٩

موضوع رقم (١٠)

(التزامات الموهوب له)
(الالتزام الأول)
(الالتزام بأداء العوض أو المقابل)

- ٩٦- النصوص القانونية .
٩٧- العوض المشروط في الهبة .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ٩٨ - المطالبة بالعرض .
- جزاء عدم تنفيذ الالتزام بأداء العرض .
- ٩٩ - (أ) - التنفيذ العيني .
- ١٠٠ - (ب) - الفسخ .
- ١٠١ - من له طلب الفسخ ؟
- ١٠٢ - حالة كون الموهوب أقل من العرض .
- حالة ما إذا كان العرض وفاء لديون الواهب .
- ١٠٣ - النص القانوني .
- ١٠٤ - حكم هذه الحالة .
- الالتزام بوفاء الديون المضمونة بحق عيني على الشئ الموهوب .
- ١٠٥ - النص القانوني .
- الفقرة الثانية من المادة (٤٩٩) مدني .
- ١٠٦ - حكم هذه الحالة .
- (الالتزام الثاني)
- (الالتزام بتفقات الهبة)
- ١٠٧ - من يلتزم نفقات الهبة ؟
- (الرجوع في الهبة)

٢٤٣

موضوع رقم (١١)

(دراسة تمهيدية)

- ١٠٨ - الرجوع في الهبة في الشريعة الإسلامية .
- ١٠٩ - الرجوع في الهبة في التقنين المدني القديم .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٢٥١

موضوع رقم (١٢)

أولاً

(الرجوع في الهبة بالتراضي)

١١٠ - حكم الرجوع في الهبة بالتراضي .

(ثانياً)

الرجوع في الهبة بالتقاضي

١١١ - النصوص القانونية .

١١٢ - أحكام الرجوع في الهبة بالتقاضي .

(أولاً)

الأعذار التي تبرر الرجوع في الهبة

الواردة بالمادة (٥٠١) مدني

١١٣ - العذر الأول : جحود الموهوب له .

١١٤ - العذر الثاني : عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة

لنفسه بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو عجزه

عن الإنفاق على الغير .

١١٥ - العذر الثالث : أن يرزق الوالد ولداً بعد الهبة .

١١٦ - ورود الأعذار بالمادة على سبيل المثال لا الحصر .

(ثانياً)

موانع الرجوع في الهبة

١١٧ - تعداد .

١١٨ - المانع الأول :

زيادة الموهوب زيادة متصلة .

- رقم البند الموضوع رقم الصفحة
- ١١٩- المانع الثاني :
- موت أحد طرفي عقد الهبة .
- ١٢٠- المانع الثالث :
- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً .
- ١٢١- المانع الرابع :
- الهبة بين الزوجين .
- ١٢٢- المانع الخامس :
- الهبة لذى رحم محرم .
- ١٢٣- المانع السادس :
- هلاك أو استهلاك الشيء الموهوب .
- ١٢٤- المانع السابع :
- العوض في الهبة .
- ١٢٥- المانع الثامن :
- إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر .
- ١٢٦- التنازل عن الرجوع في الهبة .
- ١٢٧- دعوى الرجوع عن الهبة .
- هدايا الخطبة
- ١٢٨- المقصود بهدايا الخطبة .
- ١٢٩- هل تعتبر الشبكة من هدايا الخطبة ؟
- حكم رد هدايا الخطبة عند العدول عن الخطبة .
- ١٣٠- أولاً : الحكم قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

(أ) - قضاء محكمة النقض .

(ب) - رأينا الخاص فى رد هدايا الخطبة .

١٣١ - ثانيا : الحكم بعد العمل بالقانون رقم (١) بإصدار

قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى

. مسائل الأحوال الشخصية .

٣٠١

موضوع رقم (١٣)

(آثار الرجوع فى الهبة)

١٣٢ - النصوص القانونية .

١٣٣ - اعتبار الهبة كأن لم تكن .

١٣٤ - ما يجب رده إلى الواهب .

١٣٥ - آثار الرجوع بالنسبة للغير .

(العقد الثانى)

(عقد الصلح)

موضوع رقم (١٤)

٣١٢

(تعريف الصلح - فائدة الصلح - مقومات الصلح -

تمييز الصلح عما يلتبس به)

١٣٦ - تعريف الصلح لغة .

١٣٧ - تعريف الصلح شرعا .

١٣٨ - تعريف الصلح قانونا .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ١٣٩- فائدة الصلح .
١٤٠- مقومات الصلح .
١٤١- أولاً : نزاع قائم أو محتمل .
١٤٢- هل يجب توافر عنصر الشك في النزاع .
١٤٣- الصلح بعد صدور حكم نهائي .
١٤٤- ثانياً : نية حسم النزاع .
١٤٥- ثالثاً : نزول كل من الخصمين عن جزء من ادعائه .
١٤٦- لا يشترط تكافؤ التنازل من الجانبين .
١٤٧- تمييز الصلح عما يلتبس به .
١- الصلح والتحكيم .
٢- الصلح والتسليم بالحق وترك الدعوى .
٣- الصلح وتوجيه اليمين الحاسمة .
١٤٨- خصائص عقد الصلح .
أركان عقد الصلح
١٤٩- تعداد .

٣٣٤

موضوع رقم (١٥)

(الرضاء بالصلح)

- ١٥٠- توافق الإيجاب والقبول في الصلح .
١٥١- الوكالة في الصلح .
١٥٢- الصلح القضائي والصلح غير القضائي .
الصلح القضائي
١٥٣- النص القانوني .

رقم الصفحة

رقم البند الموضوع

- ١٥٤- طريقا الصلح القضائي .
- ١٥٥- إجراءات التصديق على الصلح .
- ١٥٦- الصلح في دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية .
- ١٥٧- التدخل المجومى في حالة طلب التصديق على الصلح .
- ١٥٨- اعتبار عقد الصلح الذى لم تصدق عليه المحكمة سندا في الدعوى .
- ١٥٩- طبيعة الحكم الصادر من القاضى بالتصديق على الصلح وآثار ذلك .
- ١٦٠- الحصول على اختصاص بموجب حكم التصديق على الصلح .
- ١٦١- الرسوم المستحقة في حالة التصديق على الصلح .
- إثبات عقد الصلح .
- ١٦٢- أولاً : في ظل التقنين المدنى الجديد .
- ١٦٣- ثانيا : في ظل القانون المدنى القديم .
- (شروط الصحة)
- ١٦٤- تعداد .

٣٦٤

موضوع رقم (١٦)

(الأهلية في عقد الصلح)

- ١٦٥- النص القانونى .
- ١٦٦- الأهلية في الصلح هى أهلية التصرف بعوض .
- ١٦٧- البالغ الرشيد .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

١٦٨ - الصبي المميز والمحجور عليه .

٣٧٤

موضوع رقم (١٧)

(عيوب الرضا في عقد الصلح)

١٦٩ - وجوب أن يكون الرضاء خاليا من العيوب .

الغلط في القانون في عقد الصلح

١٧٠ - المقصود بالغلط في القانون .

١٧١ - لا يجوز الطعن في الصلح لغلط في القانون .

١٧٢ - نطاق تطبيق قاعدة عدم الطعن في الصلح بالغلط في القانون .

١٧٣ - الغلط في الواقع .

١٧٤ - أمثلة للغلط في الواقع واردة في المشروع التمهيدى .

١٧٥ - عدم تجزئة الصلح عند بطلانه .

١٧٦ - أمثلة من الفقه والقضاء لقاعدة عدم تجزئة البطلان في الصلح .

١٧٧ - قاعدة عدم تجزئة الصلح تشمل كافة أوجه البطلان .

١٧٨ - الغلط في الحساب وغلطات القلم .

٣٩٨

موضوع رقم (١٨)

(المحل في عقد الصلح)

١٧٩ - تطبيق القواعد العامة .

١٨٠ - بطلان الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة .

١٨١ - الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ١٨٢- بطلان الصلح على فوائد ربوية .
- ١٨٣- بطلان الصلح على مقدار التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة .
- ١٨٤- بطلان الصلح على منازعات تقدير أجرة الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية .
- ١٨٥- بطلان الصلح على أحكام قانون العمل .
- ١٨٦- بطلان الصلح على الجريمة .
- ١٨٧- أمثلة لجرائم يجوز فيها الصلح وردت في نصوص خاصة .
- (أ)- في قانون الإجراءات الجنائية ——— .
- (ب)- في قانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ (المعدل) .
- (ج) - في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) .
- ١٨٨- أمثلة للجرائم التي يتوقف فيها رفع الدعوى الجنائية على شكوى أو طلب أو إذن .
- (أ)- في قانون الإجراءات الجنائية .
- (ب)- في القرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ (المعدل) بإصدار قانون الجمارك .
- (ج)- في القرار بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٤ في شأن تهريب التبغ .
- ١٨٩- هل يجوز التصالح على الضرائب والرسوم ؟
- (ثانيا)
- السبب في عقد الصلح
- ١٩٠- المفهوم التقليدي للسبب .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

١٩١- المفهوم الحديث للسبب .

آثار الصلح

٤٢٩

موضوع رقم (١٩)

(حسم النزاع بين المتصالحين)

١٩٢- النص القانوني .

١٩٣- تعداد .

١٩٤- الأثر الأول : انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والادعاءات نزولا نهائيا .

١٩٥- الأثر الثاني : تثبيت ما اعترف به كل من الطرفين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما في ذلك.

١٩٦- الدفع بانهاء النزاع بالصلح .

١٩٧- التنفيذ العيني بعقد الصلح .

١٩٨- الاتفاق على شرط جزائي في الصلح .

١٩٩- فسخ عقد الصلح .

٢٠٠- الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ .

٢٠١- التقايل في الصلح .

تفسير عقد الصلح .

٢٠٢- النص القانوني .

٢٠٣- تفسير الصلح تفسيرا ضيقا .

٢٠٤- الفرق بين عقد الصلح والحكم .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٤٥٣

موضوع رقم (٢٠)

(الأثر الكاشف للصلح)

- ٢٠٥ - النص القانوني .
- ٢٠٦ - الأثر الكاشف للصلح بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها .
- ٢٠٧ - النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للصلح .
- ٢٠٨ - الطعن بالصلح بالدعوى البوليصية .
- ٢٠٩ - الأثر الناقل للصلح بالنسبة للحقوق غير المتنازع عليها .

٤٦٦

موضوع رقم (٢١)

(الأثر النسبي للصلح)

- ٢١٠ - المقصود بالأثر النسبي للصلح .
- ٢١١ - (أ) - اتحاد الأطراف .
- ٢١٢ - الأشخاص الذين يتأثرون بالصلح ولو لم يكونوا طرفا فيه .
- ٢١٣ - (ب) - اتحاد الموضوع .

(العقد الثالث)

(عقد الوكالة)

٤٧٨

موضوع رقم (٢٢)

- التنظيم التشريعي لعقد الوكالة - تعريف عقد الوكالة
- وخصائصه - تمييز عقد الوكالة عن غيره من العقود
- ٢١٤ - التنظيم التشريعي لعقد الوكالة .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٢١٥ - تعريف عقد الوكالة وخصائصه .

٢١٦ - تمييز عقد الوكالة عما يشبهه به من عقود .

١- الوكالة والبيع .

٢- الوكالة والشركة .

٣- الوكالة والوديعة .

٤- الوكالة والإيجار .

٥- الوكالة والعمل .

٦- الوكالة والمقاولة .

(أركان الوكالة)

٢١٧ - تعداد .

٥١٣

موضوع رقم (٢٣)

(الرضا في عقد الوكالة)

٢١٨ - توافق الإيجاب والقبول .

٢١٩ - الوكالة الضمنية .

٢٢٠ - صورتان للوكالة الضمنية في إجراءات التقاضى .

صور للوكالة الضمنية تقوم على صلة بين شخص وآخرين .

٢٢١ - (١) - وكالة الزوج لزوجته .

٢٢٢ - (٢) - وكالة الزوجة لزوجها .

٢٢٣ - (٣) - وكالة المخدم للمستخدم .

٢٢٤ - (٤) - الوكالة الصادرة من الشركاء على الشيوع

لشريك منهم في إدارة المال الشائع .

٢٢٥ - الوكالة الصادرة للمحضر في قبض الدين .

٢٢٥ مكررا - هل يعتبر المستأجر نائبا نيابة ضمنية عن

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	المساكين له في إبرام عقد الإيجار ؟	
٢٢٦-	هل يجب أن يسبق رضا الموكل بالوكالة التصرف القانوني الذي يعقده الوكيل ؟	
٢٢٧-	إجبار الوكيل على الوكالة .	
٢٢٨-	التوكيل على يياض .	
٢٢٩-	التوكيل لحامله .	
٢٣٠-	الشكل الواجب توافره في الوكالة .	
٢٣١-	حالة وجود نص يقضى بغير القاعدة الواردة بالمادة (٧٠٠) مدني .	
٢٣٢-	أمثلة للتصرفات التي يشترط فيها القانون شكلا معينا.	
١-	عقد الهبة بالنسبة للواهب .	
٢-	محو قيد الرهن الرسمي (شطب الرهن الرسمي) .	
٣-	عقد الشركة .	
٤-	التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق ملكية السفينة أو غيره من الحقوق العينية عليها.	
٢٣٣-	القانون الذي يخضع له شكل العقود .	
	إثبات الوكالة .	
٢٣٤-	عبء إثبات الوكالة .	
٢٣٥-	إثبات الوكالة الصريحة .	
(أ) -	الوكالة المكتوبة .	
(ب) -	الوكالة الشفوية .	
٢٣٦-	سريان قواعد الإثبات سائلة الذكر على الغير .	

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٢٣٧- إثبات الوكالة الضمنية .

٢٣٨- إثبات الوكالة في الحضور أمام المحاكم .

٥٧٢

موضوع رقم (٢٤)

(المحل والسبب في عقد في الوكالة)

أولاً

(المحل في الوكالة)

٢٣٩- تطبيق القواعد العامة .

٢٤٠- الشروط الواجب توافرها في محل عقد الوكالة .

١- أن يكون التصرف مكناً .

٢- أن يكون التصرف معيناً أو قابلاً للتعين .

٣- أن يكون التصرف مشروعاً .

٢٤١- جزاء تخلف شروط محل الوكالة .

٢٤٢- التصرفات التي يصح أن تكون محلاً للوكالة .

٢٤٣- مدى سعة الوكالة .

أولاً : الوكالة العامة .

٢٤٤- النص القانوني .

٢٤٥- المقصود بالوكالة العامة .

٢٤٦- مباشرة أعمال التصرف التي تقتضيها الإدارة .

ثانياً : الوكالة الخاصة .

٢٤٧- النص القانوني .

٢٤٨- المقصود بالوكالة الخاصة .

٢٤٩- هل يلزم ذكر محل التبرع في سند الوكالة ؟

- رقم البند الموضوع رقم الصفحة
- ٢٥٠- الوكالة الخاصة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية.
- ٢٥١- الوكالة في التقاضى (الخصومة) .
- ٢٥٢- الوكالة في المرافعة أمام القضاء .
- ٢٥٣- درجة قيد المحامى الذى تجوز له الوكالة في الحضور أمام المحاكم .
- ٢٥٤- جزاء حضور المحامى أمام محكمة غير مقيد للمرافعة أمامها .
- الوكالة في الطعن بالنقض .
- ٢٥٥- النصوص القانونية .
- ٢٥٦- أحكام الوكالة في الطعن بالنقض .
- (أ) - وجوب توقيع صحيفة الطعن من محام مقيد أمام محكمة النقض .
- (ب) - عدم اشتراط سبق الوكالة لتوقيع المحامى .
- (ج) - يكفى أن يكون المحامى مقيدا أمام محكمة النقض عند رفع الطعن ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل .
- (د) - عدم اشتراط صدور توكيل مباشر إلى المحامى الذى وقع صحيفة الطعن .
- (هـ) - إذا كان الطاعن محاميا مقبولا أمام محكمة النقض جاز له توقيع صحيفة الطعن .
- (و) - إيداع التوكيل حتى الفصل في الطعن .
- (ز) - لا يشترط أن تكون عبارات التوكيل صريحة في إجازة الطعن بالنقض .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٢٥٧- عدم المنازعة في الوكالة .

٢٥٨- عدم التوسع في تفسير الوكالة الخاصة .

٢٥٩- إثبات نطاق الوكالة .

(ثانياً)

(السبب في عقد الوكالة)

٢٦٠- إحالة إلى القواعد العامة .

٦٦٣

موضوع رقم (٢٥)

(شروط صحة عقد الوكالة)

(الأهلية وغيوب الرضا)

(أولاً : الأهلية في عقد الوكالة)

٢٦١- (أ) - أهلية الموكل .

٢٦٢- العبرة في توافر الأهلية بوقت الوكالة ومباشرة العقد.

٢٦٣- (ب) - أهلية الوكيل .

٢٦٤- جزاء عدم توافر الأهلية في الوكيل .

٢٦٥- رأى فقهي مغاير في أهلية الموكل والوكيل .

(ثانياً)

(غيوب الرضا في عقد الوكالة)

٢٦٦- غيوب الإرادة بالنسبة للوكيل الذي أبرم العقد .

٢٦٧- تصرف الوكيل وفقاً لتعليمات الموكل .

٢٦٨- تطبيق غيوب الإرادة بالنسبة لطرفي الوكالة .

٢٦٩- الغلط .

٢٧٠- الإكراه .

رقم الصفحة

رقم البند

الموضوع
(آثار الوكالة فيما بين الموكل والوكيل)
(التزامات الوكيل)

٦٧٧

موضوع رقم (٢٦)

(الالتزام الأول)
(التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة)

- ٢٧١- النص القانوني .
- ٢٧٢- مضمون الالتزام .
- ٢٧٣- جزاء الخروج على الحدود المرسومة للوكالة .
- ٢٧٤- تغيير طريقة تنفيذ الوكالة بما لا يضر بالموكل .
- ٢٧٥- إجازة الخروج على الحدود المرسومة للوكالة .
- ٢٧٦- أثر توافر شرطى تجاوز حدود الوكالة .
- ٢٧٧- لا يعيب الحكم الذى استظهر حدود الوكالة تزيده فى أسبابه .
- ٢٧٨- تعاقد الوكيل مع نفسه .
- العناية الواجبة فى تنفيذ التزام الوكيل .
- ٢٧٩- النص القانوني .
- ٢٨٠- التزام الوكيل ببذل عناية .
- ٢٨١- مسئولية الوكيل عن الخطأ العادى .
- ٢٨٢- مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم .
- ٢٨٣- المسئولية الوكيل عن السبب الأجنبى .
- ٢٨٤- إثبات مسئولية الوكيل .
- ٢٨٥- التعويض .
- ٢٨٦- الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية

- رقم البند** **الموضوع** **رقم الصفحة**
- ٢٨٧- تطبيقات في مسئولية المحامي نحو موكله .
- ٢٨٨- استخلاص خطأ المحامي نحو موكله مسألة تقديرية .
- حالة تعدد الوكلاء .
- ٢٨٩- النص القانوني .
- ٢٩٠- سلطة الوكلاء عند تعددهم في العمل لحساب الموكل .
- ٢٩١- جواز انفراد أحد المحامين الموكلين بالعمل .
- ٢٩٢- التضامن بين الوكلاء في المسئولية .
- ٢٩٣- عدم مسئولية الوكلاء عند تجاوز أحدهم حدود الوكالة أو تعسفه في تنفيذها .
- إنابة الوكيل غيره .
- ٢٩٤- النص القانوني .
- ٢٩٥- حالة عدم ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره .
- ٢٩٦- حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره دون أن يعين شخص النائب .
- ٢٩٧- حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره مع تعيين شخص النائب .
- ٢٩٨- حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعاً من إنابة غيره .
- ٢٩٩- العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل .

رقم الصفحة

٧٣٤

الموضوع

رقم البند

موضوع رقم (٢٧)

(الالتزام الثانى)
موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية
وتقديم الحساب

٣٠٠- النص القانونى .

(أ)

موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما
وصل إليه فى تنفيذ الوكالة

٣٠١- مضمون الالتزام .

(ب)

التزام الوكيل بتقديم حساب عن الوكالة

٣٠٢- مضمون الالتزام .

٣٠٣- إقرار الحساب .

٣٠٤- حالة تعدد الوكلاء .

٣٠٥- ميعاد تقديم الحساب .

٣٠٦- هل يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على عدم

تقديم الحساب ؟

٣٠٧- التزام الورثة بتقديم الحساب .

٣٠٨- حالات إعفاء الوكيل من الحساب .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٧٤٥

موضوع رقم (٢٨)

(الالتزام الثالث)

(رد ما للوكيل في يد الوكيل)

- ٣٠٩- مضمون الالتزام .
- ٣١٠- مسئولية الوكيل جنائيا .
- ٣١١- سقوط الالتزام بالرد بالتقادم .
- ٣١٢- سقوط التزام المحامي برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة .
- فوائد المبالغ المستحقة على الوكيل .
- ٣١٣- النص القانوني .
- استحقاق الفوائد على الموكل في حالتين .
- ٣١٤- الحالة الأولى : استعمال الوكيل مال الموكل لصالح نفسه .
- ٣١٥- الحالة الثانية : فوائد ما تبقى في ذمة الوكيل من حساب الوكالة .
- ٣١٦- رد الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل .
- ٣١٧- أحكام واردة في قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ خاصة بالتزام المحامي برد الأوراق والمستندات .
- ٣١٨- إبراء ذمة الوكيل .

رقم الصفحة

الموضوع
(التزامات الموكل)

رقم البند

٧٦٢

موضوع رقم (٢٩)

الالتزام بدفع الأجر

- ٣١٩- النص القانوني .
- ٣٢٠- الأصل أن الوكالة بدون أجر .
- ٣٢١- الوكالة المأجورة .
- ٣٢٢- شروط استحقاق الوكيل الأجر .
- ٣٢٣- حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجر .
- ٣٢٤- تعديل القاضي للأجر .
- ٣٢٥- عدم جواز تعديل الأجر المدفوع طوعا بعد تنفيذ الوكالة .
- ٣٢٦- فوائد الأجر .

أتعاب المحامي

- ٣٢٧- عمل المحامي يكون بأجر .
- ٣٢٨- أتعاب المحامي في الحالات التي يندب فيها للدفاع عن المتهم أو المرافعة عن الخصم .
- اتفاق الموكل والمحامي على أتعاب المحامي .
- ٣٢٩- النصوص القانونية .
- ٣٣٠- كيفية تقدير أتعاب المحامي .
- ٣٣١- الاتفاق شفاهة على الأتعاب .
- ٣٣٢- العوامل التي تراعى في تقدير أتعاب المحامي .

- رقم البند الموضوع رقم الصفحة
- ٣٣٣- استحقاق المحامي الأتعاب ولو كان غير مقيد أمام المحكمة المرفوع إليها الدعوى .
- ٣٣٤- استحقاق المحامي الأتعاب ولو جاوزى بالمنع من مزاوله المهنة .
- ٣٣٥- تعديل القاضى لأتعاب المحامي .
- ٣٣٦- عدم جواز تعديل الأتعاب المدفوعة طوعا بعد تنفيذ الوكالة .
- ٣٣٧- ضمان خاص لأتعاب المحامين .
- ٣٣٨- سقوط الأتعاب بالتقادم .

موضوع رقم (٢٠)

(الالتزام الثانى) (رد المصروفات)

- ٣٣٩- النص القانونى .
- التزام الموكل برد ما بذله الوكيل من نفقات .
- ٣٤٠- المقصود بالنفقات .
- ٣٤١- النفقات المقصود هى النفقات المعتادة .
- ٣٤٢- جواز الاتفاق على خلاف حكم المادة .
- ٣٤٣- فوائد النفقات التى أنفقها الوكيل .
- ٣٤٤- تقادم الالتزام برد المصروفات .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٨٣٣

موضوع رقم (٣١)

(الالتزام الثالث)

(تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر)

٣٤٥- النص القانوني .

٣٤٦- شرطاً تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر .

الشرط الأول : أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذا معتاداً هو

سبب الضرر .

الشرط الثاني : ألا يقع خطأ في جانب الوكيل .

٣٤٧- هل يشترط ألا يكون هناك مصدر آخر للتعويض ؟

٣٤٨- الإغفاء من المسؤولية وتعديلها .

٨٣٩

موضوع رقم (٣٢)

(ضمانات الوكيل)

٣٤٩- تعداد .

٣٥٠- أولاً : حق الحبس .

٣٥١- ثانياً : حق الامتياز .

٣٥٢- ثالثاً : حق الاحتصاص .

٣٥٣- رابعاً : تضامن الموكلين المتعدين .

٨٤٦

موضوع رقم (٣٣)

(آثار الوكالة بالنسبة للغير)

(أ) - حالة التزام الوكيل حدود الوكالة .

٣٥٤- أولاً : علاقة الموكل بالغير .

- رقم البند الموضوع رقم الصفحة
- ٣٥٥ - عدم انصراف أثر التصرف المبني على غش إلى الموكل.
- ٣٥٧ - مسئولية الوكيل قبل الغير عن خطئه .
- (ب) - حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة .
- ٣٥٨ - علاقة الموكل بالغير .
- ٣٥٩ - إقرار الموكل للتصرف الذي عقده الوكيل خارجا عن حدود الوكالة .
- ٣٦٠ - ثانيا : علاقة الوكيل بالغير .

٨٦٨

موضوع رقم (٣٤)

(الوكالة الظاهرة)

- ٣٦١ - تعريف الوكالة الظاهرة .
- ٣٦٢ - شروط الوكالة الظاهرة .
- الشرط الأول : أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة.
- الشرط الثاني : أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب .
- الشرط الثالث : أن يقوم مظهر خارجي للوكالة منسوب للموكل .
- الشرط الرابع : أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه في ظهور الشخص بمظهر الوكيل .
- آثار توافر شروط الوكالة الظاهرة .
- ٣٦٣ - (أ) - فيما بين الموكل والغير .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

- ٣٦٤- (ب)- فيما بين الموكل والوكيل الظاهر .
- ٣٦٥- الأساس القانوني لنظرية الوكالة الظاهرة .
- ٣٦٦- مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله .

٨٩٢

موضوع رقم (٣٥)

(الوكيل المسخر " الذي يعمل باسم مستعار")

٣٦٧- المقصود بالوكيل المسخر (الذي يعمل باسم مستعار) .

٣٦٨- الوكالة بالعمولة في قانون التجارة تقابل التسخير في القانون المدني .

٣٦٩- تميز تسخير الوكيل عما يختلط به .

٣٧٠- أمثلة لأسباب التحاء الموكل إلى تسخير الوكيل .
(أ)- الأسباب المشروعة .

(ب) الأسباب غير المشروعة .

٣٧١- اشتراط أهلية التصرف في الوكيل المسخر .

آثار الوكالة بالتسخير

٣٧٢- النص القانوني .

أولاً : علاقة الوكيل المسخر بالغير

٣٧٣- انصراف أثر التعاقد إلى الوكيل المسخر .

٣٧٤- استثناءان يردان على القاعدة .

٣٧٥- علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

ثانيا : علاقة الموكل بالغير .

٣٧٦- انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل

المسخر .

٣٧٧- علاقة الموكل بأغيار آخرين .

ثالثا : علاقة الوكيل المسخر بالموكل

٣٧٨- عقد الوكالة المستمرة يحكم علاقة الوكيل المسخر

بالموكل .

٣٧٩- إجبار الوكيل المسخر على نقل الحقوق الناشئة

عن التصرف إلى الموكل .

٣٨٠- إثبات التسخير .

٩٢٧

موضوع رقم (٣٦)

(انتهاء الوكالة)

(أسباب انتهاء الوكالة)

٣٨١- النصوص القانونية .

٣٨٢- تعداد .

أولاً : انتهاء الوكالة بإرادة أحد الطرفين

٣٨٣- (أ) - عزل الوكيل .

٣٨٤- متى ينتج العزل أثره ؟

٣٨٥- حالة تعدد الوكلاء أو الموكلين .

تقييد حق الموكل في عزل الوكيل في حالتين .

- رقم البند** **الموضوع** **رقم الصفحة**
- ٣٨٦- الحالة الأولى : تعويض الوكيل إذا كانت الوكالة بأجر .
- ٣٨٧- التعاقد على إعفاء الموكل من المسؤولية في حالة عزله.
- ٣٨٨- الحالة الثانية : عدم جواز إلغاء أو تقييد الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي إلا برضاء الوكيل .
- ٣٨٩- لا يجوز الاتفاق على عدم عزل الوكيل .
- (ب) تنحى الوكيل عن الوكالة .
- ٣٩٠- الأصل أن للوكيل حق التنحى عن الوكالة .
- ٣٩١- تعدد الموكلين .
- ٣٩٢- لا يجوز الاتفاق على عدم تنحى الوكيل .
- تقييد حق الوكيل التنحى في حالتين .
- ٣٩٣- الحالة الأولى : إذا كانت الوكالة بأجر .
- ٣٩٤- الحالة الثانية : إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي .
- ثانياً : موت الموكل أو الوكيل
- ٣٩٥- (أ) - موت الموكل .
- ٣٩٦- الاحتجاج بموت الموكل لا يكون إلا من تاريخ العلم بالموت .
- ٣٩٧- الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبي .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٩٨-	انتهاء الوكالة بموت الموكل لايتعلق بالنظام العام .	
٣٩٩-	(ب)- موت الوكيل .	
٤٠٠-	التزامات ورثة الوكيل .	
٤٠١-	تنظيم قانون المحاماة لانتهاء وكالة المحامي بموته .	
	ثالثا : انتهاء الوكالة وفقا للقواعد العامة	
٤٠٢-	تعداد .	
	أسباب انتهاء الوكالة وفقا للقواعد العامة .	
٤٠٣-	(أ) - إتمام العمل الموكل فيه .	
٤٠٤-	(ب)- انتهاء الأجل المعين للموكل .	
٤٠٥-	(ج)- استحالة التنفيذ .	
٤٠٦-	(د)- تغير أهلية الموكل والوكيل .	
٤٠٧-	(هـ)- الإفلاس .	
٤٠٨-	(و) - الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ .	
٤٠٩-	أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها .	
١-	عدم انتهاء الوكالة بأثر رجعى .	
٢-	عدم انتهاء الوكالة إلا من وقت العلم بسبب انتهائها .	
٣-	وجوب اتخاذ الوكيل الإجراءات التحفظية .	

ظهر للمؤلف عن دار محمود للنشر والتوزيع

- ١ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع
فى إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الأول (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٢ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى
إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الثانى (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٣ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى
إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الثالث (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٤ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى أجرة الأماكن
القديمة وما طرأ عليها من تخفيضات وزيادات.
الجزء الرابع (الطبعة الخامسة)
- ٥ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى عقد
الإيجار فى التقنين المدنى الجديد.
الجزء الخامس (الطبعة السادسة)
- ٦ - شرح قانون المباني الجديد من الناحيتين الجنائية والمدنية
(الطبعة السادسة)

٧- الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء .

(الطبعة الرابعة)

٨- قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجيب فقها وقضاء .

(الطبعة التاسعة)

٩- الحجز القضائي على المنقول في ضوء الفقه والقضاء وطبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

(الطبعة الثانية)

١٠- الدفع في قانون المرافعات فقها وقضاء .

(وطبقا للأحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩)

(الطبعة الثالثة)

١١- التجريف والتبوير والبناء على الأرض الزراعية ومائت الطوب .

(الطبعة السابعة)

١٢- التعليق على قانون الرسوم القضائية في ضوء الفقه والقضاء .

(الطبعة الثانية)

١٣- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - الكتاب الأول .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٤- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - الكتاب الثاني .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٥- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية - الكتاب الثالث .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٦- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية -
الكتاب الرابع .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٧- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية -
الكتاب الخامس .

(الطبعة التاسعة)

١٨- شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٤
لسنة ٢٠٠١ .

(الطبعة السابعة)

١٩- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد-
المجلد الأول .
(الطبعة الأولى)

٢٠- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد -
المجلد الثانى .
(الطبعة الأولى)

٢١- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد-
المجلد الثالث .
(الطبعة الأولى)

٢٢- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد -
المجلد الرابع .
(الطبعة الأولى)

٢٣- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل .

المجلد الأول .
(الطبعة الثالثة)

٢٤- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد .

المجلد الثانى .
(الطبعة الثالثة)

٢٥- موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد .

المجلد الثالث .
(الطبعة الثالثة)

٢٦- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الاول : (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٧- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثانى : عقد الوديعة - عقد العارية - عقد

القرض - عقد الدخل الدائم أو الإيرادات المرتبة الدائمة -

عقد المرتب مدى الحياة - عقد المقامرة - عقد الرهان .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٨- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثالث : عقد المقاولة .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

كتب نفذت

- ١- أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى.
(الحائز على جائزة التأليف الزراعى)
(الطبعة العاشرة)
- ٢- مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الزراعة والإصلاح الزراعى.
- ٣- إيجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق.
- ٤- ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى إيجار الشقق المفروشة.
- ٥- شرح التعديلات الجديدة فى قانون الإصلاح الزراعى.
- ٦- انتقال الإيجار إلى ورثة المستأجر بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية (دستورية).
- ٧- شرح قانون الأسلحة والذخائر.
- ٨- جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء (الطبعة الثانية).
- ٩- الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل)

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية


٢٠٠٣ / ٨٢٢٧

I. S. B. N الترقيم الدولي

977 - 5312 - 77 - 9



٢٢ ش زشلى عابلق - ٢٩٢٥٢٧٦

 Bibliotheca Alexandrina



1129951